الأصولُ الاجتهاديَّة التي يُبْنَى عليها

المذهبُ المالكيّ

(دراسة نظريّة تطبيقيّة)

إعداد

حاتم باي

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود صالح جابر

قُدِّمت هذه الأُطروحَة استكمالاً لمتطلَّبات الحُصول على درجة الدُّكتوراه في

الفقه وأصوله

كليَّة الدِّراسات العُليا

الجامعة الأردنية

آب، ٢٠٠٦م

قرارُ لجنة المناقشة

نُوقِشت هذه الرِّسالةُ: **الأصول الاجتهاديَّة التي يُبنى عليها المذهبُ المالكيّ**

(دراسة نظريَّة تطبيقيَّة)

وأُجيزت بتاريخ: ٢٠٠٦/٧/٢٥م.

أعضاء لجنة المناقشة:		**التوقيع**
الأستاذ الدكتور محمود صالح جابر الأستاذ الدكتور في كليَّة الشريعة بالجامعة الأردنية (أصول الفقه)	مشرفا ورئيساً	
الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين عميد كليَّة الشَّريعة وأستاذ الفقه المقارن بالجامعة الأردنية	عضواً	
الدكتور عباس أحمد الباز الأستاذ المشارك في كليَّة الشريعة بالجامعة الأردنية (الفقه وأصوله)	عضواً	
الدكتور أحمد ياسين القرالة الأستاذ المشارك في جامعة آل البيت (الفقه وأصوله)	عضواً	

الإهداء

أهدي هذا البحث المتواضع إلى من له عليّ عظيم الفضل وجميل الإحسان، إلى مَنْ خالطت محبَّتُهما شَغاف القَلب، إلى: والِدَيَّ الكريمين -حفظهما الله- على كريم فضلهما ووافِرِ إحسانهما..

وأُهْدي ثمرة جُهدي إلى رُوح شيخي العالم العامل: عبدِ النّور ابنِ محمَّد الثّغريِّ، الذي تعلّمت منه الأدبَ قبل العلم..كِفاءَ ما أوْلاني به من عناية، وما أحاطني به من توجيه، وما قوّم منّي من أوَد..

الشكر والتقدير

أرفع شُكري وتفضّلي إلى أستاذي الدكتور محمود صالح جابر على كريم خلقه، وجمّ تواضعه، ولين جانبه، وعلى ما أولاني من كرمه في إشرافه على هذا البحث.

كما أوجه شكري وتقديري إلى الأساتذة الأفاضل الذين تكرَّموا بقَبول مُناقشة هذه الأطروحة وتقييمها، سائلا الله الكريم المنَّان أنْ يُضاعِفَ لهم الأجر، ويُعلي لهم الذكر.

المحتويات

قرار لجنة المناقشة..	ب
إهداء..	ج
شكر وتقدير..	د
المحتويات..	هـ
الملخص..	ك
المقدمة..	١
الفصل التمهيدي: لمحة عن تاريخ أصول الفقه المالكيِّ، وبيانُ الأصول التي يُبْنَى عليها المذهب..	١٠
المبحث الأول: لمحة تاريخية عن أصول الفقه في المذهب المالكي..............	١١
المطلب الأول: أصول فقه المالكية في عصر مالك وتلاميذه............................	١٢
المطلب الثاني: أصول فقه المالكية في عصر تلامذة تلاميذ مالك إلى نهاية القرن الخامس..	١٣
المطلب الثالث: أصول فقه المالكية بعد القرن الخامس..............................	١٨
المبحث الثاني: أصولُ المذهبِ المالِكيِّ: مفهوما، وإحصاء، وأنواعاً، وخصائصَ..	٢٢
المطلب الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي..	٢٣
المطلب الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها وأنواعها.........................	٢٧
المطلب الثالث: خصائصُ أصول المذهب المالكي....................................	٤١
الفصل الأول: المصالح المرسلة في المذهب المالكي..............................	٤٦
المبحث الأول: المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون..............................	٤٧
تمهيد: عناية التشريع الإسلامي برعاية المصلحة....................................	٤٨
المطلب الأول: المصلحة: حقيقتها، أقسامها وأنواعها...............................	٤٩
المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحا في المذهب المالكي...........	٦٢

المطلب الثالث: المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألفاظ ذات الصِّلة بها....	٦٨
المطلب الرابع: مذاهب العلماء في المصالح المرسلة..........	٧١
المبحث الثاني: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله.........	٧٧
المطلب الأوَّل: حجّية المصالح المرسلة في المذهب المالكيّ..........	٧٨
المطلب الثَّاني: التَّحقيق فيما عَزاه الجوينيّ للإمام مالك..........	٨٣
المطلب الثَّالث: مدى تفرُّد المالكيَّة بأصل المصالح المرسلة..........	٩٢
المطلب الرَّابع: شُروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ..........	٩٦
المطلب الخامس: مجالُ العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ..........	١١٣
المبحث الثالث: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب	١١٩
المطلب الأوَّل: الأدلَّة النَّاهضة بالحجّيَّة	١٢٠
المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على أصل حجيَّة المصالح المرسلة	١٢٩
المطلب الثالث: علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب..........	١٣٢
المبحث الرابع: الشَّواهد التَّطبيقية للمصالح المرسلة في المذهب المالكي..........	١٤١
المسألة الأولى: توظيف الضَّرائب عند الحاجة..........	١٤٢
المسألة الثانية: العقوبة بالمال..........	١٤٤
المسألة الثالثة: اشتراط الخلطة في الدَّعوى..........	١٤٦
المسألة الرابعة: الخلوّات..........	١٤٨
المسألة الخامسة: جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادا على المصلحة المعتبرة..........	١٤٩
الفصل الثَّاني: الاستحسان في المذهب المالكي..........	١٥١
المبحث الأول: الاستحسان: المفهوم والمضمون..........	١٥٢

المطلب الأول: الاستحسان: مفهومه في اللغة والاصطلاح المالكيّ................	١٥٣
المطلب الثاني: أركان الاستحسان....................................	١٦٨
المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بأصل الاستحسان.....................	١٧٢
المطلب الرابع: مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان.....................	١٧٣
المبحث الثاني: الاستحسان في المذهب المالكي: حجية وأقساما وشروطا ومجال إعمال، ومقتضيات الأخذ به....................................	١٧٧
المطلب الأوَّل: الاستحسان: حجيته في المذهب المالكيّ.........................	١٧٨
المطلب الثَّاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعه في لمذهب المالكي.....................	١٨٤
المطلب الثَّالث: الاستحسان: شروطه ومجال العمل به................................	١٩٧
المطلب الرابع: الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصليّ، وكواشِفُ عُمومِ الحاجة المقتضية للاستحسان....................................	٢٠١
المبحث الثالث: الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب:..........	٢١٠
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان................................	٢١١
المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على الاحتجاج بالاستحسان....................	٢١٩
المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي........	٢٢١
المبحث الربع: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي...............	٢٢٤
المسألة الأولى: تضمين الرَّاعي المشتَرَك...	٢٢٥
المسألة الثانية: الإجارة على ثمن مجهول..	٢٢٧
المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات.....................................	٢٢٨
المسألة الرابعة: خلط الأذهاب والزَّيتون واللبن...	٢٢٩
الفصل الثَّالث: سد الذرائع في المذهب المالكي...............................	٢٣٣
المبحث الأول: سد الذرائع: المفهوم والمضمون...............................	٢٣٤
المطلب الأوَّل: مفهوم سد الذريعة في اللغة والاصطلاح المالكي...................	٢٣٥
المطلب الثّاني: الإطلاقات المرادفة لأصل سد الذرائع، والألفاظ ذات الصِّلة به.....	٢٤٨

المطلب الثَّالث: أهمية قاعدة سدّ الذرائع..................................	٢٥٢
المطلب الرَّابع: صلة سد الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد، وبقاعدة المآل.........	٢٥٣
المطلب الخامس: علاقة سد الذرائع بالمصالح والمفاسد........................	٢٥٥
المبحث الثَّاني: سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وموجهات العمل به، ومجالاته................................	٢٥٩
المطلب الأوَّل: حجية أصل سد الذرائع في المذهب المالكي......................	٢٦٠
المطلب الثَّاني: تقسيمات المالكية للذَّرائع وحكم كلّ قسم........................	٢٦٤
المطلب الثَّالث: مُوجِّهاتُ العمل بأصل سد الذرائع.............................	٢٧٢
المطلب الرَّابع: مجال إعمال أصل سد الذرائع..................................	٢٨٢
المبحث الثالث: سد الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب.......................................	٢٩٢
المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية أصل سد الذرائع..........................	٢٩٣
المطلب الثَّاني: علاقة سد الذرائع بالأصول الاجتهادية للمذهب المالكيّ...........	٣٠٤
المبحث الرَّابع: الشَّواهد التَّطبيقيَّة لأصل سدِّ الذَّرائع في المذهب المالكيِّ........	٣٠٩
المسألة الأولى: الالتزام بمشهور المذهب سدّا للذّريعة..........................	٣١٠
المسألة الثانية: مسائل الإقرارات في مرض الموت................................	٣١٣
المسألة الثالثة: حكم تعقُّب أحكام الحكام الظلمة في الأموال.....................	٣١٤
المسألة الرابعة: المعادنُ تُوكل لنظر الإمام مُطلقا حتَّى ولو كانت في ملك لمعيّن....	٣١٥
المسألة الخامسة: مَنْ دَخَلَ بامرأة من غير شهود..............................	٣١٥
الفصل الرَّابع: مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ..............................	٣١٧
المبحث الأوَّل: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به....................................	٣١٨
المطلب الأوَّل: تعريف مراعاة الخلاف لغة واصطلاحا والألفاظ ذات الصلة.......	٣١٩
المطلب الثَّاني: حجيَّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي...................	٣٢٩
المطلب الثَّالث: العمل بمرعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه وشروطه........	٣٣٧

المطلب الرَّابع: المقتضيات المصلحيَّة الموجِبَة لمراعاة الخلاف....................	٣٤٢
المبحث الثَّاني: أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب...	٣٤٧
المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية مُراعاة الخلاف........................	٣٤٨
المطلب الثَّاني: الإشكالاتُ الوارِدةُ على مُراعاة الخلاف........................	٣٥٣
المطلب الثَّالث: مجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف........................	٣٥٧
المطلب الرَّابع: علاقةُ مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في المذهب............	٣٥٨
المبحث الثَّالث: الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ..........	٣٦٠
المسألة الأولى: الصَّلاة على جلود الميتة بعد الدَّبغ............................	٣٦١
المسألة الثانية: من قام لثالثة في نافلة..	٣٦١
المسألة الثَّالثة: مَنْ نسي الصَّلاة بين كلّ سبوع من طوافه.................	٣٦٢
المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي...	٣٦٢
المسألة الخامسة: أقل الصداق...	٣٦٣
الفصل الخامس: الاستصحاب في المذهب المالكي...............................	٣٦٥
المبحث الأول: الاستصحاب: مفهومه وأنواعه...............................	٣٦٦
المطلب الأول: الاستصحاب: تعريفه ومفهومه.....................................	٣٦٧
المطلب الثاني: الاستصحاب: أنواعه وأقسامه.....................................	٣٦٨
المبحث الثاني: الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب...........................	٣٧٣
المطلب الأول: حجيَّة الاستصحاب في المذهب المالكي.............................	٣٧٤
المطلب الثاني: دليل حجية الاستصحاب..	٣٨٠
المطلب الثالث: صلة الاستصحاب بالأصول الاجتهادية للمذهب....................	٣٨٢
المبحث الثالث: الشَّواهد التطبيقية الاستصحاب في المذهب المالكيّ...........	٣٨٤
المسألة الأولى: مسائل الانتفاء من التَّكاليف..................................	٣٨٥

المسألة الثَّانية: عدم الحكم بوجوب الإنفاق على الوالدين من مال الغائب.........	٣٨٦
المسألة الثَّالثة: استصحاب شغل الذِّمَّة في التَّكليف بالصَّلاة لمن شكّ في الحدث....	٣٨٧
المسألة الرَّابعة: من ادعى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبا.........................	٣٨٧
الخاتمة:..	٣٨٨
فهرس المصادر والمراجع...	٣٩٢
الملخص باللغة الإنجليزية...	٤٠٨

الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهبُ المالكيُّ

(دراسة نظريَّة تطبيقيَّة)

إعداد

حاتم باي

المشرف

محمود صالح جابر

الملخَّص

موضوعُ هذه الدِّراسة هو الأدلَّة الكليَّةُ النَّظريَّة الاجتهاديَّةُ التي انبنى عليها المذهبُ المالكيُّ؛ نظريّا وتطبيقيّا.

وقد تُنووِلَتْ هذه الدِّراسةُ في فصل تمهيديّ وخمسة فصول دراسيَّة: فخصصتُ الفصل التَّمهيدي لبيان مفهوم الأصول التي يُبنى عليها المذهب المالكي؛ وإحصاءِ هذه الأصول لدى المذهب المالكي؛ وأنواعِ هذه الأصول وأقسامِها؛ ثمَّ أبنتُ عن الخصائص التي تتميَّزُ بها أصول المذهب المالكيّ والسِّمات التي تُستلوَحُ منها؛ وطرقتُ قبل ذلك كلِّه إلى لمحة عن تاريخ أصول الفقه المالكيّ.

ثمَّ درستُ كلَّ أصل من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ في فصل خاصّ به؛ مُبرِزا في كلّ ذلك حقيقةَ الأصل الاجتهاديِّ ومفهومَه والمضمونَ الذي هو دالٌّ عليه في المذهب.

ثمّ بحثتُ كلَّ أصل واحتجاحَ المالكيَّة به ومدى بنائهم للفُروع عليه؛ والتَّحقيقَ في نسبة هذا الأصل أو ذاك إلى مالك وأصحابه؛ وبيانَ الشّروط والقُيود التي وَضَعَها المالكيَّة للأخذ بهذه الأصول والموجِّهاتِ التي نصبوها في طريق الأخذ بها؛ كما تناولتُ مجالاتِ إعمال هذه الأصولِ وميادينَ تطبيقها وإجرائها.

وبعدها أبنتُ عن مدارِكِ اعتبار هذا الأصول مُتلمِّسا أقوى المدارك وأسدَّها، وأمتنها في الحجة وأثبتها؛ وأتيتُ في طريق ذلك على دفع بعض ما أُورِدَ على المالكيَّة من اعتراضات أو استشكالات على هذه الأصول.

وقفَّيتُ ذلك بالكشف عن العلائق التي تربِطُ الأصول الاجتهاديَّة فيما بينها.

وختمتُ كلَّ فصل من هذه الفُصولِ بالتَّمثيل ببعض الأمثلة التَّطبيقيَّة لهذه الأصول؛ وكنتُ في انتقائي لهذه الأمثلة -في الأغلب- أميل إلى الأمثلة غيرِ المطروقَة في كتب الأصول، كما أنِّي حرصْتُ فيها أنْ يكون منها فَتاوَى من المتأخِّرين؛ ليُوقَفَ على مَدى امتداد أثرِ هذه الأصول في الصَّيرورة التَّاريخيَّة للمذهب المالكيِّ.

ثمَّ ذيَّلتُ البحثَ بعرض أهمِّ ما توصَّلَتْ إليه الدِّراسةُ من نتائجَ وتوصيات.

المقدِّمة:

الحمد لله الذي خلق السَّماواتِ والأرض، وجَعَل الظُّلمات والنُّور، ثمَّ الذين كفروا بربِّهم يعدِلون.

لك الحمدُ ياربِّ على ما أَوْليتَنا مِنَ النِّعَم، ومِلْءَ ما يسَعُه ملكوتُكَ الأعظمُ، ثمَّ لك الحمدُ أعداداً لا يُحصيها إلاَّ أنتَ؛ سُبحانَك لا معبودَ بحقٍّ غيرُك، ولا إلهَ سِواك.

وصلِّ اللَّهمَّ على محمَّدٍ أمينِك على وَحيِك، ونَجيبِك من خَلقِك، وصفيِّك من عبادِك؛ إمامِ الرَّحمة، وقائِدِ الخيرِ، ومفتاحِ البركة؛ وعلى آلِه الطَّاهِرين، وصحابته أجمعين؛ وبعد:

لقد زَخَرَ المذهبُ المالكيُّ بسعَة اجتهاداتِ أهله، ورَحابة أفق أئمَّته، واتَّسَمَ بمواتاته لطبيعة التَّغيُّرات الظَّرفيَّة التي تحدث بين الخلق، ممَّا جَعَلَه مذهبا مرِنا، يَسري فيه ماءُ الحياة؛ ومذهبا حيويا، تتردَّدُ بين جَنَباتِه عناصر الصلاح والبقاء؛ ذلك أنَّ هذا المذهبَ يرتكِزُ على دعائمَ اجتهاديَّة كفلَتْ له هذه الحيَّويَّة، وأمدَّته بهذه السّعة، وبثَّت فيه هذه المرونة. لذلك كان المذهبُ المالكيُّ أوَّلَ مذهب ارتبط اسمُه بمقاصد الشَّريعة، فليست تنطلِقُ هذه التَّسميةُ إلاَّ ويَبْدُر إلى خَلَد السَّامع وذهنِه هذا المذهبُ بما يُمثِّلُه من اجتهاداتٍ حَفيلَةٍ بلَحْظ مَقاصدِ الشَّرع، واعتبارِ مصالح الخلق.

وإذا كانت هذه الخصائصُ لهذا المذهب مُستمَدَّةً من تلك الدَّعائم الاجتهاديَّة التي خَلَعَت عليه هذه الخِلَعَ الجليلة، وأَضْفَت عليه هذا الرَّوْنَق البَهِيّ؛ فإنَّها لخليقةٌ بأنْ تكون محلاًّ للتَّناول بالدِّراسة العلميَّة المنهجيَّة؛ التي تُبيِّنُ مفهوم هذه الأصول، ومدى أثرِها في حياةِ هذا المذهب ورُوائه؛ وحيويَّته وغَنائه، والبحث في التَّفصيلات التَّكوينيَّة لتلك الأصول الاجتهاديَّة؛ وذلك بقصد التَّعرُّف على المباني التي تُهيْمِنُ على التَّفريع والتَّخريج الفقهيِّ في هذا المذهب.

كما أنَّ من الأمور المهمَّة التي تتَّصل بهذا الغرض-: ذلك الأثر البالغ لأصول المذهب المالكيِّ في مجال الاجتهاد المقاصديّ الذي أصبح يرتبط إلى حدٍّ كبير بالمذهب المالكيِّ؛ ويتواشَجُ مع أصوله الفقهيَّة والتَّشريعيَّة.

مشكلة الدراسة: -

وتتمثَّلُ مشكلة الدِّراسة في النّقاط التَّالية:

أوّلا: ما هو مفهوم كلّ أصل من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ من حيثُ مضمونُه، وعناصرُه التَّكوينيَّة التي يقوم على أساسها هذا المفهوم؟.

وما مَدَى الاتِّفاق بين المالكيَّة في تحديد مفهوم هذه الأصول تضييقاً وتوسيعا؟ وما هو التَّحقيق في هذا الخلاف؟.

ثانيا: ما موقعُ المصلحة في الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟ وما هي تمثُّلاتها في ذلك؟.

ثالثا: وما محلُّ مقاصد الشَّريعة من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟.

رابعا: ما هي الضَّوابِطُ والمُوَجِّهات التي وَضَعَها المالكيَّة في الأخذ بهذه الأصول لتَضبط مسارَ الاجتهاد الفروعيّ؟.

خامسا: ما هي المجالاتُ التي مِنْ خِلالها يكون إعمالُ كلِّ أصلٍ من الأصول الاجتهاديَّة، فهل هذه الأصول تتعلَّقُ بباب معين كالعبادات أو باب المعاملات، أم أنَّها تعُمّ كلّ أبواب الفقه؟.

سادسا: ما هي المَدارِكُ الحقيقيَّة لهذه الأصول الاجتهاديَّة، وما هي الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّتها؟.

سابعا: وهل هناك علاقةٌ قائمةٌ بين الأُصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ؟ أم أنَّ هذه الأصولَ أصولٌ مُتباينة فيما بينها، أو أنَّ هناك علاقةً وَجْهيَّة وارتباطاً نسبيّاً بينها؟.

أهميَّة الدراسة: -

وتظهَرُ أهميَّة هذه الدِّراسة إضافةً إلى ما أُشيرَ إليه أوَّلاً:

١-: قلَّة المصنَّفات في أصول المذهب المالكيّ، خاصَّة تلك الدِّراسات التي تَعتمد لغةَ العصر، وتنتهج منهجَ البحث العلميّ، وتلتزم بيان الأدلَّة والشَّواهد والأمثلة؛ وتسلُك في التَّعامل مع المادة العلميَّة مسلك التَّحليل والاستقراء وترتيب النتائج وَفْقَ مُقتضيات المنهج الأكاديمي المعاصر-: ممَّا يجعل من القيام بدراسة هذا الموضوع وَفْقَ هذه المعطيات والمقاييس واجبا وضرورة لسدِّ ثغرة ذات بال في مجال الدِّراسات الأصوليَّة.

٢-: أنَّ دِراسة هذا الموضوع الهامِّ من شَأنها أنْ تُعطِي تَصوُّراً واضِحاً لدارِسي مقاصد الشَّريعة الإسلاميَّة؛ ذلك أنَّ المذهب المالكيّ يُعدّ لدى الباحثين في المقاصد أخصبَ المدارس الفقهيَّة بالأصول والخطط التَّشريعيَّة التي هي من صَميم اهتمامِ علم المقاصد، لا سيما وأنَّ أكثر الكاتبين في مقاصد التَّشريع هُم من عُلماء المالكيَّة، وقد كان واضِحاً في مصنَّفاتهم الاستنادُ إلى أصول المذهب المالكيّ ومُقرَّراته التَّأصيليَّة والفُروعيَّة.

الخطة المتبعة في دراسة الموضوع:-

وتناولت الدراسة الموضوع بالبحث من خلال الخطة التالية:

الفصل التمهيدي: لمحة عن تاريخ أصول الفقه المالكيِّ، وبيانُ الأصول التي يُبْنَى عليها المذهب:

وفي هذا الفصل مبحثان؛ هما:

المبحث الأول: لمحة تاريخية عن أصول الفقه في المذهب المالكي.

المبحث الثاني: أصولُ المذهبِ المالِكيِّ: مفهوماً، وإحصاءً، وأنواعاً، وخَصائِصَ.

الفصل الأول: المصالح المرسلة في المذهب المالكي:

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ هي:

المبحث الأول: المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون.

المبحث الثاني: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله.

المبحث الثالث: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب.

المبحث الرابع: الشَّواهد التَّطبيقية للمصالح المرسلة في المذهب المالكي.

الفصل الثَّاني: الاستحسان في المذهب المالكي:

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ وهي:

المبحث الأول: الاستحسان: المفهوم والمضمون

المبحث الثاني: الاستحسان في المذهب المالكي: حجية وأقساما وشروطا ومجال إعمال، ومقتضيات الأخذ به:

المبحث الثالث: الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب:

المبحث الربع: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي

الفصل الثَّالث: سد الذرائع في المذهب المالكي:

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ وهي:

المبحث الأول: سد الذرائع: المفهوم والمضمون.

المبحث الثَّاني: سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وموجهات العمل به، ومجالاته:

المبحث الثالث: سد الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب:

المبحث الرَّابع: الشَّواهد التَّطبيقيَّة لأصل سدِّ الذَّرائع في المذهب المالكيِّ

الفصل الرَّابع: مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث؛ وهي:

المبحث الأوَّل: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به:

المبحث الثَّاني: أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته بأصول الاجتهادية في المذهب:

المبحث الثَّالث: الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ

الفصل الخامس: الاستصحاب في المذهب المالكي:

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث؛ وهي:

المبحث الأول: الاستصحاب: مفهومه وأنواعه:

المبحث الثاني: الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب:

المبحث الثالث: الشَّواهد التطبيقية للاستصحاب في المذهب المالكيّ

الدراسات السَّابقة: -

ليستْ هذهِ الدِّراسةُ التي أتقدَّمُ بها دراسةً مُبتَدَأةً بحيث لا سابِقَ إليها ولا طارَق لها؛ بلْ هناك بعضُ الدِّراسات المختلفة تَناوَلت جوانِبَ من هذا الموضوع، وقد كانت تلك الدِّراساتُ مُعينةً لي على طَرْق هذا البحث وتَناوله. ومن أهمِّ هذه الدِّراسات التي وقفتُ عليها، وأفدْتُ منها:

أوَّلا: مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه؛ للشَّيخ محمد أبي زهرة:

كان هذا الكتاب من ضمن سلسلة أصدرها الشَّيخ أبو زهرة تَحوي تراجمَ لأئمَّة الفقه وأعلامِه، يستعرض فيها أبرزَ أصولهم التي انتهجوها في عمليَّة الاجتهاد والاستنباط.

وقد تناول الشَّيخُ أبو زهرة في هذا الكتاب ترجمةَ مالك رحمه الله، ثمَّ بَحَثَ آراءَه العقديَّة والأصولَ التي بَنَى عليها فقهه كالكتاب والسّنة والقياس والإجماع والاستحسان والمصالح المرسلة...

وهذا الكتابُ من أجلِّ ما كُتِبَ فيما له علاقةٌ بالموضوع محلّ البحث؛ فقد كان للشَّيخ أبي زهرة جَوَلات في التَّقرير والتَّحرير، والمناقشة والتَّدليل؛ ممَّا أثرى الموضوع وأمدَّه بجانب من الإضافة المميّزة.

والذي يَظهَرُ للنَّاظر في هذا الكتاب أنَّ الشَّيخَ أبا زهرة قد اعتَمَد على كتابين فقط من كُتب المالكيَّة في أصول الفقه؛ وهما: شرح تنقيح الفصول للإمام القَرَافي، والموافقات للإمام النَّظار أبي إسحاقَ الشَّاطبيّ؛ وكان سبب الاقتصار على هذين الكتابين أنَّه لم يُطبَع إذاك من كتب أصول الفقه المالكيّ إلاَّ ذينك الكتابين، كما أنَّ كتب الفقه المالكيّ التي تُعنَى بالدَّليل وتجلية مُدرَك المالكيَّة في آرائهم الفقهيَّة لم تكُن بعدُ قد طُبعت. وهذا الملحظُ يطَّرِدُ تقريباً في كلِّ الدِّراسات التي سيأتي الإلماعُ إليها.

وعلى هذا فقد جاءت دِراسة الشَّيخ أبي زهرة –على جليل ما قدَّم وبارِعِ ما حرَّر- معوزة إلى شيء من التَّحقيق في أصول المذهب المالكيِّ.

ثانيا: الجواهر الثَّمينة للشَّيح حسن المشَّاط:

موضوعُ هذا الكتاب هو أصولُ مذهب مالك النَّقلية والاجتهاديَّة؛ فقد أَوْرَدَ الأصولَ العامَّة التي جَرَى عليها مالك في اجتهاده واستنباطه، وشَرَح هذه الأصول شَرْحاً مُوجَزا لا يَروي غُلَّةَ الصَّادي، ولا يُقنِعُ المنتهي ولا الشَّادي؛ كما أنَّه لم يُعرِّج على أَثَر هذه الأصول في فُروع المذهب المالكيِّ.

والمؤلِّف كان فيما اجْتَلَبه من مادَّة علميَّة تابِعاً للقَرافي في شرح التَّنقيح وللعلويِّ في نشر البُنود، فكتابُه يُعدُّ اختصارا لهما وتَكراراً لما وَرَد فيهما. وعليه؛ فلم يُقدِّم هذا الكتابُ تحقيقاً دقيقا ولا جامعا لأُصول مذهب المالكيَّة؛ على أنَّه أجاد في العرض والبيان، وأحسنَ في تناول الموضوع والنُّفوذِ إليه.

ثالثا: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجيَّة، للدكتور زين العابدين محمد النُّور:

وهذا الكتاب أُطروحَةٌ علميَّة تَقدَّم بها الكاتب لنيل درجةِ الدُّكتوراه من جامعة الأزهر.

ولائحٌ من عُنوان الكتاب ومباحثه أنَّ محلَّ الدِّراسة أصلان مِنْ أُصول الأدلَّة وهما المصالح المرسلة والاستحسان من جهة حُجيَّتهما. وتُعدُّ هذه الدِّراسة من أجود الدِّراسات في موضوع المصلحة المرسلة والاستحسان في تحريرِ حجيَّتها بين أهل العلم وتقريرِ موضع النـــزاع ومحلِّ الخلاف المأثور بينهم فيها، مع بَسْطٍ لأدلَّة المُثبِتين والنَّافين مشفوعةً بالنَّقد والمناقشة؛ ولقد أفاضَ الكاتب في ذلك الإفاضةَ كلَّها ممَّا جَرَّه إلى اسطراداتٍ ظاهِرَة. وهذه الدِّراسة ليست خاصَّة بمذهب مُعيَّن؛ بل إنَّها مُتعلِّقَةٌ بعُموم مذاهِب الأُصوليِّين من المالكيَّة وغيرهم.

وممَّا يُلحَظُ على هذه الدِّراسة أنَّها لم تُولِ في التَّقرير التَّأصيليّ لهذين الأصلين إبرازَ الجانب التَّطبيقيِّ والشَّواهِد التَّفريعيَّة على ما تَعْزُوهُ لبعض الأئمَّة من مذاهب وأقوال.

وممَّا يُلحَظُ كذلك أنَّه لم تُبرز في الدِّراسة البُعدَ المقاصديّ لهذين الأصلين؛ مع أنَّهما من أهمّ ركائز المقاصد.

رابعا: المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلاميّ، لمحمد بو ركاب:

وأصلُ هذا الكتاب رسالةٌ مقدَّمة لنيل درجة الماجستير من كليَّة الأوزاعيِّ للدِّراسات الإسلاميَّة ببيروت.

وكانت هذه الدِّراسة مرتكزة على أمرين: الأوَّل: الجانب التَّأصيلي: وتناول فيه مفهوم المصلحة المرسلة في كلّ المذاهب مع حجيتها عندهم. والأمر الثَّاني: بَحَثَ فيه أثرَ هذا الأصل التَّشريعيّ في مرونة الفقه الإسلامي في الفقه السّياسي والاقتصادي.

وكانت الدّراسة جيِّدةَ العرض والبحث؛ إلاَّ أنها لم تكُن لها تلك العنايةُ بمذهب مالك؛ لكون الرَّسالة كسابقتها تناولت الموضوعَ عامّا من دون تقييده بمذهب محدَّد أو مدرسة معيَّنة. وهذا ما جعل الدراسة يعوزها بعض التناول التَّطبيقي في المذهب المالكيِّ.

خامسا: مراعاة الخلاف عند المالكيَّة وأثره في الفروع الفقهيَّة، لمحمَّد أحمد شقرون:

وأصلُ هذا الكتاب رسالةٌ مقدَّمةٌ للحصول على درجة الماجستير من جامعة أمِّ درمان بالسُّودان.

وهذه الرِّسالة من أجود ما كُتِبَ في أصل مُراعاة الخلاف تأصيلا وتفريعا؛ إذْ إنَّه تناول هذا الأصلَ بالدِّراسة من الجانب التَّأصيليِّ والجانب التَّطبيقيِّ.

وممَّا يُلحَظُ على هذه الرِّسالة أنَّها حَشَرَتْ فيها بعضَ المواضيع التي كان يُمكِنُ أنْ يُكتَفى فيها بالإشارة الدَّالة والإلماع المفيد؛ إلاَّ أنَّه كان يستطرِدُ بذكر مباحثَ لأدنى تعلّق.

ومن أهمِّ ما يُسجَّلُ عليه أنَّه في بعض المباحث كان يُدْخِلُ في أصل مُراعاة الخلاف بعضَ ما هو متعلِّق بالخروج من الخلاف، وبين الأصلين فرقٌ، وقد نبَّه هو عليه، إلاَّ أنَّه وَقَعَت له بعضُ الأوهام في تنـــزيل كلام بعض العُلماء في الخُروج من الخلاف على أصل مُراعاةِ الخلاف بمفهومه الخاصّ. كما أنَّه تَناوَلَ شُروطَ رَعيِ الخِلاف مُلْتاثَةً بشروط الخروج من الخلاف؛ مع أنَّه نبَّه في تضاعيف التَّناوُل أنَّ تلك الشُّروط ليست من شروط مراعاة الخلاف.

ويوجَدُ دراساتٌ أخرى استفدتُ منها، إلا أنَّ هذه الدِّراسات التي قدَّمتُها هي التي كان لها أوفرُ حظّ من الإفادة؛ فجزاهم الله خيراً على ما أَفادُوا وأَجادُوا.

منهجيّة البحث: -

قد اعتمدت في هذه الدِّراسة على المنهج التَّحليليِّ بقسميه التَّفسيريِّ والاستنباطيِّ الذين يقومان على أساس تحليل الآراء والنصوص وتعليلها وبيان جهة المدرك فيها.

ثمَّ إنَّ الدِّراسةَ كانت سالِكةً في تناولها للموضوع مسالك منهجيَّة تكفُل لها حُسْنَ الطَّرح وجَودةَ التَّناوُل، فكانت ناهجة في ذلك ما يلي:

السَّعيُ للتَّدليل على التَّأصيل بكلام أهل المذهب، وبالشَّواهِدِ التَّطبيقيَّة؛ ما وَسِعَني الأمر، وأسعفني الجهد.

إبرازُ مَدارِك المالكيَّة في كثير من الأمثلة ببيان مُدركهم من كلامهم بالنَّصّ؛ ليكون أدلَّ على المراد، وأدنى إلى الغرض المنشود إثباتُه.

كان الجانِبُ التَّطبيقيُّ للأصول الاجتهاديَّة يتجسَّدُ في ناحيتين: الأولى: الأمثلة التَّطبيقيَّةُ التي أوردتُها في تضاعيف التَّناوُل التَّأصيلي؛ لتكون دالَّة على ما أُقرِّرُه. والنَّاحية الأخرى: أنِّي أفردْتُ لكلِّ أصل اجتهاديٍّ أمثلةً تطبيقيَّة تكونُ دالَّة على مدَى اعتمادِ المالكيَّة على هذه الأصول في فقههم الفُروعيّ؛ وكنتُ في انتقائي لهذه الأمثلة -في الأغلب- أَصْغُو إلى الأمثلة غيرِ المطروقَة في كتب الأصول، كما أنِّي حرصْتُ فيها أنْ يكون منها فَتاوَى من المتأخِّرين؛ ليُوقَفَ على مَدى امتداد أثرِ هذه الأصول في المذهب المالكيّ.

ثمَّ إنِّي في هذه الدِّراسة نهجتُ السُّبل المعهودة في البحث العلميِّ؛ بحيث عزوتُ الآياتِ الكريمةَ إلى السُّور، وخرَّجتُ الأحاديث والآثارَ الوارِدة في الدِّراسة تخريجا يتَّسِمُ بالاختصار؛ فإذا كان الحديثُ في الموطَّأ أو في أحد الصَّحيحين لم أُعْنَ حينها بالكشف عن صحَّة الحديث ولا بتطلُّب مُخرِّجينَ له من غيرهم؛ لأنَّ ما في تلك الكتب صحيحٌ من حيثُ الجملة؛ أمَّا إذا كان الحديثُ خارجَ هذه الكتب الثَّلاثة فإنِّي أَسْعَى لبيان درجتها من أئمَّة الحديث المتقدِّمين، فإنْ لم أُوفَّق إلى ذلك نَقَلْتُ حكمَ بعض المعاصرين المعتنين بهذا الفنِّ.

كما أنِّي عزفْتُ عن التَّرجمة للأعلام الواردةِ أسماؤهم في طيَّات البحث وتضاعيفه؛ حرصاً على عدم إثقال هامش البحث؛ ثمَّ إنَّ غالب من ذُكِرَت أسماؤهم من المشهورين الذين يُستغنى بذكرهم عن التَّرجمة لهم.

وخَتَمْتُ الدِّراسةَ بفهارسَ علميَّةٍ متمثّلة في: فِهرس للآيات، وفهرس للأحاديث والآثار. ثمَّ قفَّيتُه بفهرس للمصادر والمراجع التي كانت مَوْرِداً لهذه الدراسة، ومَنْهَلا ثرّاً لهذا البحث.

هذا؛ ولستُ أدّعي في هذا الجهدِ صَواباً ولا كمالا، ولست أزعم لنفسي عصمة من الزلل أو الخطل؛ وحسبي أنّي قد استفرغْتُ الجهدَ، وبذلتُ مُنتَهَى الطَّاقة.

وصلَّى الله وسلَّم على خير الخلقِ محمَّد بنِ عبد الله، وعلى آله الطَّاهِرين، وصحابتِه أجمعين، ومَنْ تَبِعَهُم بإحسان إلى يوم الدِّين.

والحمدُ لله المُجزِلِ بالعطايا أوَّلاً وآخِراً.

حاتم داود باي.

الفصل التمهيدي:

لمحة عن تاريخ أصول الفقه المالكيّ، وبيان الأصول التي يُبنى عليها المذهب

وفيه مبحثان؛ وهما:

المبحث الأول: لمحة تاريخية عن أصول الفقه في المذهب المالكي.

المبحث الثاني: أصولُ المذهبِ المالِكيِّ: مفهوماً، وإحصاءً، وأنواعاً، وخَصائِصَ.

المبحث الأول:

لمحة تاريخية عن أصول الفقه في المذهب المالكيّ

النَّاظر في تاريخ أصول فقه المذهب المالكيّ يلحظ أنّ هناك أدوارا مرَّ بها:

الدّور الأول: عصر مالك وتلامذته، الدّور الثاني: عصر تلاميذة تلاميذ مالك ومن يليهم إلى نهاية القرن الخامس، الدَّور الثَّالث: ما بعد القرن الخامس؛ وسيُتناول كلٌّ دور في مطلب:

المطلب الأول: أصول فقه المذهب في عصر مالك وتلاميذه.

المطلب الثاني: أصول فقه المالكيَّة في عصر تلامذة تلاميذ مالك إلى نهاية القرن الخامس.

المطلب الثالث: أصول فقه المالكيَّة بعد القرن الخامس.

المطلب الأول: أصول فقه المذهب في عصر مالك وتلاميذه:

لم يُصنِّف مالكٌ في علم أصول الفقه كتاباً مُفرداً، وأوّلُ مَنْ حاز السَّبقَ في ذلك تلميذُه الشَّافعيّ الذي حرّر كتاب "الرسالة"، والتي عُدَّتْ أوّل مصنّف في علم أصول الفقه. ومالك -رحمه الله- وغيرُه مِنْ أهل العلم ممَّنْ كانوا قبل الشَّافعيّ كانوا يصْدُرون في تفريعاتهم واجتهاداتهم عن أصولٍ مُرْتَكِزَةٍ في ملكاتِهم التي نَمَتْ بالممارسة الاجتهاديَّة التَّطبيقيَّة؛ إذْ لا يُتَصوَّرُ اجتهادٌ وفقهٌ من غير استنادٍ إلى منطق اجتهاديٍّ وتأصيلٍ منهجيٍّ، لتكون عمليَّةُ التَّفريعِ والاجتهاد عمليَّةً جاريةً على وَفْق قانون مستقرٍّ مُنضبط؛ وإلاّ فإنّ الفقه يصير إلى ضرب من الفوضى وعدم الوضوح في تأصيله ودلائله والنِّظام الذي يُفهم على ضوئه.

وما تقدَّم بيانُه من أنّ مالكاً لم يتجرّد لتدوين أصوله؛ لا يلزم منه أنَّه أعرض إعراضاً كُلّيا عن بيان أُصولِه التي بنى عليها فقهَه، وتوضيحِ منهجه في الاستنباط، فإنه -رحمه الله- نصَّ على كثيرٍ من هذه الأصول، إمّا تنصيصاً مُباشرا على أصل بخصوصه، أوتنصيصاً غير مُباشر على بعض الأصول؛ باستدلاله بها في فُروعه الفقهيَّة. قال عياض -تنويها بمالك-: «... وإشاراته إلى مآخذ الفقه وأصوله التي اتَّخذها أهلُ الأصول من أصحابه معالمَ اهتدَوْا بها وقواعدَ بَنَوْا عليها...»[١].

ومِنْ نماذج تنصيص مالك على بعض أصوله؛ رسالتُه التي بعث بها إلى اللَّيث بنِ سعد يُقرِّرُ فيها أنّ عمل أهل المدينة حجَّةٌ لازمةٌ، ودليلٌ شرعيٌّ يجب الإذعانُ له والعمل بمقتضاه، ولم يكتف مالكٌ بذلك بل إنه يُنكر على مَنْ خالفه؛ إذ بلغه أنّ الليث يُخالف أهلَ المدينة في بعض ما يُفتي به، فينصح له بأنْ لاسعةَ له في مُفارقة مذهب أهل المدينة ومُخالفته، وجَعَلَ يستدلّ على ذلك ويحتجّ، بأُسلوب جَزْلٍ ومتين[٢].

ومَنْ تتبّع كتابَ "المُوطَّأ" لمالك وأنعم النَّظر فيه؛ وَجَدَ إشاراتٍ كثيرةً لقواعدِ الأصول التي بنى مالكٌ عليها فروعَه، وأَلْفى في ثنايا الكتاب مسالكَ للاستدلال مشى عليها الإمام، قال ابنُ العربي في ديباجة شرحه للموطَّإ: « هذا أوّلُ كتاب أُلِّف في شرائع الإسلام، وهو آخرُه؛ لأنّه لم يُؤلَّف مثله، إذْ بناه مالكٌ -رحمه الله- على تمهيد الأصول للفروع، ونبّه فيه على مُعظَم أُصول الفقه، التي ترجعُ إليها مسائلُه وفُروعُه»[٣].

---

[١] عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك ١/٩٠.

[٢] عياض، ترتيب المدارك ١/٦٤-٦٥.

[٣] ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ١/٧٥.

فبداءةُ ظُهور أُصول مالك كان مع تنصيصه على بعضها في موطَّئه وفي بعض مسائله، وكان ذلك نواةً لظهور أصول فقه مالك بوُضوح وجَلاء. قال البرزلي: «وعندنا إنَّما أحدث الشَّافعيّ الألقابَ والصَّنْعَةَ؛ كما أَحْدَثَ جماعةٌ أصولَ الدين، المتأخِّرون منهم المتكلِّمون، والأوَّلون كانوا يعلمون ذلك بطَبْعهم،...فالفقيهُ يستنتج الأحكامَ مِنْ أُصولها على حَسَب ما تقتضيه فطرتُه وفِكْرَتُه الحسنة، فلا يَذكُر الحكمَ حتّى يزنه بموازين الحقّ الذي يستخرج بها الأحكام»[١].

أمَّا المرحلةُ التي تَلَتْ مالكاً وهي مرحلةُ تلاميذه الآخذين عنه والمتخرِّجين عليه؛ فلم أجد - في حُدود ما طالعته- دَوْراً بارزاً في بيان أصول مالك وتجليتِها في عبارات محرَّرةٍ، أو في كُتُب مُفردة، وما وقع لهم مِنْ كلام في بعضِ المسائل هو شبيهٌ بما سبق بيانُه عن مالكٍ -رحمه الله-؛ إلاَّ أنَّ كثرة التَّخريج على قواعد الإمام مالك وفروعه أَبْرَزَ المنطقَ الذي يجري عليه مالك في اجتهاده وفقهه؛ لأنَّ الأساس الذي يقوم عليه التَّخريجُ الفقهيُّ هو البناء على وَفق قواعد الإمام وأصوله التي عُلمَت عندهم إما على سبيل التَّنصيص أو الاستنباط والتَّخريج[٢].

المطلب الثاني: أصول فقه المالكيَّة في عصر تلامذة تلاميذ مالك إلى نهاية القرن الخامس:

وبعدَ ذلك أَتَتْ مرحلةٌ أخرى، وهي مرحلة تلامذة تلاميذِ مالكٍ ومَنْ يَليهِم إلى نهاية القرن الخامس؛ فقد بدأ بُروز أمرٍ لافِت للانتباه، وهو ظهورُ كتب في الرّدّ على بعض المخالفين، وخاصة الشَّافعيّ والعراقيّين، فالشَّافعيّ -رحمه الله- صنَّف من الكتب "كتاب اختلاف مالك والشَّافعيّ"، وكان لذلك أثرٌ في إثارة حفيظة المالكيَّة، وسبباً في دفعهم للرَّدّ عليه وبيان غلطه والحجاج عن مذهب إمامهم. كما أنّ العراقيِّين كانوا سبَّاقين إلى الرّدّ على أهل المدينة، فهذا محمَّدُ بن الحسن الشَّيبانيُّ -محرّر فقه أبي حنيفة وناقله- يُؤلِّف مصنَّفا في الرّدّ على أهل المدينة، وَسَمَهُ بـــ"الحُجَّةُ على أهل المدينة" ويقصد بأهل المدينة مالكاً -رحمه الله-.

وأوّلُ مَنْ رأيتُ له ردّاً على الشَّافعيّ والعراقيِّين: محمَّدُ بنُ سُحْنون (ت٢٥٦هـــ) صاحبُ التَّصانيف، فقد أَلَّف كتاب الرّدّ على الشَّافعيّ وعلى أهل العراق[٣].

---

[١] البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نـــزل من القضايا بالمفتين والحكام ١/١٠٩-١١٠.

[٢] أعني بالتخريج في هذا الموضع تخريج الأصول من الفروع، أما التَّخريج الأوَّل فالمقصود به التَّخريج الفقهي المعروف.

[٣] عياض، ترتيب المدارك ١/١٠٦، ابن فرحون، الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب ٣٣٤.

ثم تتابَعَ النَّاسُ بعد محمَّدِ بن سحنون في الرّدّ على المخالفين وفي الذَّبِّ عن المذهب ونُصرته، فممَّنْ ألف في الرّدِّ على الشّافعيِّ: حمَّادُ بنُ إسحاقَ أخو إسماعيلَ القاضي (ت٢٦٧هـ)[١]، وعبدُ الله بن طالب القاضي القيرواني (ت٢٧٥هـ)[٢]، ومحمَّدُ بنُ عبد الله بنِ عبدِ الحَكَم (ت٢٨٢هـ)[٣]، وقد أَخَذَ عن الشّافعيِّ ونَهَلَ مِنْ علمه، وإسماعيلُ بنُ إسحاقَ القاضي (ت٢٨٢هـ)[٤]، وأبوبكر أحمدُ بنُ مروانَ بنِ محمَّدٍ صاحبُ كتاب المُجالَسة (ت٢٩٨هـ)[٥]، وبَكْرُ بنُ العلاء (ت٣٤٤هـ)[٦]، وأحمدُ بن أبي يَعْلى مِنْ آل حمَّاد بنِ زيد (توفِّي في أواخر القرن الرَّابع)[٧].

ورَدَّ المالِكيَّةُ كذلك على تلميذ الشّافعيِّ: المُزَنيِّ، فممَّن صنَّف في الرَّدِّ عليه: إسماعيلُ بنُ إسحاقَ القاضي (ت ٢٨٢هـ)[٨]، وبكرُ بنُ العلاء (ت ٣٤٤هـ)[٩]، وأبوبكرٍ الأَبْهَرِيُّ (ت٣٧٥هـ)[١٠]، والقاضي عبدُ الوهاب بنُ نَصْرٍ (ت٤٢٢هـ)[١١].

وصنَّف في الرَّدّ على أبي حنيفة -رحمه الله-: القاضي إسماعيل (ت ٢٨٢هـ)[١] وغيرُه.

وأكثرَ المالِكيَّة مِنَ الرَّدِّ على محمَّد بن الحسن؛ لما تقدَّم مِنْ أنَّه صنَّف في الرّدّ على أهل المدينة، فمِمَّنْ ألَّف في ذلك: عبدُ الله بن طالب القاضي القيرواني (ت ٢٧٥هـ)[١٢]، والقاضي إسماعيلُ

---

[١] عياض، ترتيب المدارك ٢/١٨٢.

[٢] عياض، ترتيب المدارك ٢/١٩٦، ابن فرحون، الديباج ٢١٩، ابن حزم، رسالة في فضل الأندلس «رسائل ابن حزم الأندلسي» ٢/ ١٧٧.

[٣] عياض، ترتيب المدارك ٢/٦٥.

[٤] المصدر السابق ٢/١٧٩.

[٥] ابن فرحون: «الديباج» ٨٨.

[٦] عياض، ترتيب المدارك ٢/٢٩١.

[٧] المصدر السابق ٢/٤٦٦.

[٨] المصدر السابق ٢/١٧٩.

[٩] المصدر السابق ٢/٢٩١.

[١٠] عياض، ترتيب المدارك ٢/٤٧٠، ابن النديم، الفهرست ٢٤٩.

[١١] عياض، ترتيب المدارك ٢/٦٩٢.

[١٢] المصدر السابق ٢/١٩٦.

(ت ٢٨٢هــ)[١] ولم يتمّ، وهو في مائتي جزء، وأبوبكر بنُ الجَهْم المَرْوَزِيُّ (ت ٣٢٩، وقيل: ٣٣٣هــ)[١]، وقيل بأنَّ كتابه هو تتِمَّةٌ لكتاب إسماعيلَ.

ولأبي جعفر الأبهريِّ (ت ٣٦٥هــ) -ويُعرف بالأبهريَّ الصَّغير؛ تمييزاً له عن الأبهريِّ أبي بكرٍ-: كتابُ الرَّدِّ على ابنِ عُلَيَّةَ فيما أَنْكَرَه على مالِكٍ[٢].

والذي أضافته هذه الكتبُ في تجلِيَة أصول مالك؛ أنَّها كُتُبٌ تسلُك سبيلَ الحِجاج والتَّدليل، بإبطال حُجَج المردودِ عليه، وتقريرِ أدلَّة مذهب الرَّاد، وعلى هذا فإنّ المصنِّف لهذا النَّمط من الكتب يُحاججُ بالأصول التي فهِمَها من مذهب مالك -رحمه الله-، واستخلَصَها من فروعه واستدلالِه ونُصوصه.

وكان لمالكيَّة العراق التَّبريزُ في هذا اللَّون من التَّصنيف، فألَّفوا فيه المصنَّفاتِ الجليلةَ، وقد تقدَّم ذكرٌ لبعضها.

وأهمُّ خصيصة لهذه المدرسة سُلوكُها سبيلَ الحُجَّة والدَّليل في التَّفقُّه على مذهب مالك رحمه الله، قال ابنُ حيّان في ترجمة بعض الأندلسيِّين ممَّن رحلوا إلى العراق-: «...كان في القِيام بمذهب المالكيَّة والجدل فيه على أصول البغداديِّين؛ لا نظير له في زمانه»[٣].

ولقد تميَّزت المدرسةُ العراقيَّةُ بطريقة خاصَّة في دِراسة المدوَّنة، حتَّ عُرفت تلك الطَّريقةُ بـــ "الاصطلاح العراقيّ"، ولقد نقل الإمام المَقَّريُّ التِّلمسانيُّ المالكيُّ في "أزهار الرِّياض" عن بعض المتأخِّرين قولَه: «فأهلُ العراق جعلوا في مُصطلَحهم مسائلَ المُدوَّنة كالأساس، وبَنوْا عليها فُصول المذهب بالأدِلَّة والقياس، ولم يُعرِّجوا على الكِتاب بتصحيح الرِّواياتِ، ومُناقشة الألفاظ، ودَأبُهم القصدُ إلى إفراد المسائل وتحرير الدَّلائل على رَسْم الجدليِّين، وأهلِ النَّظر من الأصوليِّين. أمَّا الاصطلاح القَرَوِيُّ: فهو البحثُ عن ألفاظ الكتاب، وتحقيقُ ما احتوت عليه بواطِنُ الأبواب، وتصحيحُ الرِّوايات، وبيانُ وُجوه الاحتمالات، والتَّنبيهُ على ما في الكلام من اضطرابِ الجواب،

[١] ابن فرحون، الديباج ٣٤١.
[٢] عياض، ترتيب المدارك ٦٠٣/٢.
[٣] المصدر السابق ٦٤٥/٣.

واختلاف المقالات، مع ما انضاف إلى ذلك من تتبُّع الآثار، وترتيبِ أساليب الأخبار، وضَبْط الحُروف على حسب ما وقع في السَّماع؛ وافَقَ ذلك عواملَ الإعراب أوْ خالفَها»[١].

وقال القاضي أبوبكر بنُ العربيِّ -في سِياق ذِكْرِه لرحلته إلى المشرق-: «وقرأنا المدوَّنة بالطَّريقين: القيروانيَّة في التَّنظير والتَّمثيل، والعراقيَّة على ما تقدَّم من معرفة الدَّليل»[٢][٣].

كما بدأ المالكيَّة في هذه المرحلة التصنيف في أصول فقه المذهب؛ وقد حاز السبق ونال شَرَفَ التصنيف في ذلك المدرسةُ العراقية كذلك، فقد أسهم عُمُدُها ونُظَّارُها ومحقّقوها في تجلية أصول المذهب، والاستدلالِ لذلك من نصوصه واحتجاجاته وتفريعاته، وصنَّفوا في ذلك المصنَّفات الماتعةَ والمؤلفاتِ المفردةَ البديعةَ، والتي صارت مُثُلا يسير عليها مَن جاء بعدهم مِنْ كُلِّ مدرسة: مصريَّةٍ أو مغربيَّةٍ أو أندلسيَّةٍ.

وممن ألف في أصول الفقه من المدرسة العراقية: القاضي إسماعيلُ بنُ إسحاقَ (ت٢٨٢هـ)؛ نُسب له كتابُ الأصول[٤]، وبكرُ بن العلاء (ت٣٤٤هـ) له كتاب في أصول الفقه[٥]، وأبوالفرَج المالكيُّ (ت٣٣١هـ) له كتاب "اللُّمع في أصول الفقه"[٦]، وأبوبكرٍ الأبهريُّ (ت٣٧٥هـ) له كتابٌ في أصول الفقه، وَصفَه ابنُ النَّديم بأنَّه: «لطيف»[٧]، وأبوعبد الله بنُ مجاهد له كتابٌ في أصول الفقه على مذهب مالك، وأبوتمَّام البَصريُّ، وابنُ خويزمنداد له كتاب "الجامع في أصول الفقه"[٨]، وأبو بكر محمَّدُ بنُ الطَّيِّب الباقلاَّنيُّ (ت٤٠٣هـ) وله المصنَّفاتُ العظيمةُ في علم أصول الفقه، والقاضي عبدُ الوهَّاب بنُ نَصْر البغداديُّ (ت٤٢٢هـ) له التَّصانيفُ البديعة السَّائرة:

---

[١] المقري، أزهار الرياض في أخبار عياض ٦٦/٣، نقلا بواسطة: محمد إبراهيم أحمد على، اصطلاح المذهب ١٩٨-١٩٩.

[٢] المقري، أزهار الرياض في أخبار عياض ٦٦/٣، نقلا بواسطة: محمد إبراهيم أحمد على، اصطلاح المذهب ١٩٨.

[٣] ابن العربي، قانون التأويل ١٩٩٠، ٩٧.

[٤] عياض، ترتيب المدارك ١٨٠/٢.

[٥] عياض، ترتيب المدارك ٢٩١/٢.

[٦] ابن فرحون، الديباج ٣٠٩، ابن النديم، الفهرست ٢٤٩.

[٧] عياض، ترتيب المدارك ٤٧٠/٢، ابن النديم، الفهرست ٢٤٩.

[٨] عياض، ترتيب المدارك ٦٠٥/٢ ويُكثِرُ الباجيُّ من النَّقل عنه في «إحكام الفصول»، انظر فهارس الأعلام، وقد قُدِّمَتْ رسالة دكتوراه في جمع آراء ابنِ خويزمنداد الأصوليَّة في جامعة الجزائر، مِنْ قِبَل الأستاذ ناصر قارَة.

"الإفادَةُ في أُصول الفقه" في مجلَّدَين[١]، و"الملخَّص"[٢]، و"الأجوبة الفاخِرَة"[٣]، و"المروزي في الأصول"[٤].

ولعلّ الباحثَ يستوقفُه اختصاصُ المدرسة العراقيَّة في اعتنائها بالتَّصنيف الأصوليِّ في مذهب مالك، ومحاولاتها التَّعرُّف على منهج مالك في الاجتهاد والاستدلال، وسُلوكها في التَّفقُّه سبيل الحجَّة والنَّظر، مع أنّ المدارس الأخرى كالمصريَّة والمغربيَّة كانت تحوي أكثرَ تلاميذ مالِكٍ، وكانت تضمّ أتباعاً أوْفرَ من أتباع المدرسة العراقيَّة.

والسَّببُ في ذلك: أنّ مالكيَّة العِراق كانوا في بيئة تزخر بكثرة المذاهب الفقهيَّة، وكان لهذا التنوُّع في الاتِّجاهات الفقهيَّة أثرٌ في إيجاد جَوٍّ مِنَ التَّنافس، والذي تمثل في التَّناظر والحجاج بين هذه الطَّوائف، وهذا ما جعل المالكيَّة يستلْوِحون منهجَ مالِكٍ في فقهه من خِلال الاستقراء والتَّخريج؛ إذْ لا يُؤسَّس حِجاجٌ ولاتُقام مُناظرة ولا يتسنّى ذبٌّ عن مذهب من دون معرفةِ أُصول هذا المذهب ومنهجِه الذي سار عليه إمامُه، والقواعدِ التي بنى عليها فقهَه.

وكان بقاءُ وُجود المدرسة العراقيَّة المالكيَّة رهنَ الاستدلال لمذهبهم والمحاججة له والذّبّ عنه؛ وإلاّ لاضمحلَّ في فترة قريبة من ظهورِه بالعِراق.

كما أنّ المجتمع العِراقيّ إذ ذاك كان مجتمعاً حضريّا، بحكم احتكاكه بغيره من الحضارات والمجتمعات، بل كان مهدَ حضاراتٍ كثيرة؛ وهذا ما ولّد رُوحَ المُحاورة والحجاج والمناظرة، دون الاكتفاء بمجرَّد الاتِّباع والتَّقليد.

وهذه البيئة التي كانت بالعراق تُخالف ما كان بمصر والمغرب، فقد كان مذهبُ مالكٍ أكثرَ انتشاراً وأتباعُه أوْفرَ عَديداً، بل إنَّ مذهب مالِكٍ في المغرب الإسلاميِّ لم يكُن مُزاحَماً من غيره من المذاهب الفقهيَّة، وانعدامُ هذه المذاهب أو قلّة أتباعها جعل أئمَّةَ المذهب ينصرفون إلى التَّصنيف في غير المجال الذي تقلّدته المدرسةُ العراقيَّة، فتجد مؤلَّفاتِهم تدور حول تحرير عباراتِ المدوَّنة، والجمع

---

[١] عياض، ترتيب المدارك ٦٠٦/٢، ويكثر المازري من النقل عنه في «إيضاح المحصول»، انظر فهارس الأعلام. وكذا الباجي في «أحكام الفصول».

[٢] القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول ٩١/١، عياض، ترتيب المدارك ٦٩٦/٢، الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه ١٥/١.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ١٥/١، عياض ترتيب المدارك ٦٩٦/٢.

[٤] عياض ترتيب المدارك ٦٩٦/٢.

بين مُتعارضها والنَّظر في مُستقيمها ومُختلِّها، وتصحيحِ المعتلِّ منها، وتخريج الفروع النَّازلة على فُروع منصوصة فيها أو في غيرها من الأمَّهات.

المطلب الثالث: أصول فقه المالكيَّة بعد القرن الخامس:

أمَّا ما بعد القرن الخامس فليس للمالكيَّة في حدود ما طالعتُه من أمر يُنوّه إليه فيما يتعلّق بأصول الفقه إلاَّ ما كان من عناية المالكيَّة ببعض كتب الشَّافعيَّة؛ خاصَّة كتاب البرهان للجويني، وكتاب المستصفى للغزاليّ؛ فقد كان للمالكيَّة عناية فريدةٌ بهذين الكتابين فاقت عناية الشَّافعية أنفسهم بهما؛ وهذان الكتابان يُعدّان من مفاخر الشَّافعيّة.

أمَّا "**البرهان**" لإمام الحرمين، فهو كما وصفه التَّاج السّبكي: «لُغز الأمّة، الذي لا يحوم نحو حِماه ولا يدندن حول مغزاه-: إلاّ غوّاصٌ على المعاني، ثاقبُ الذِّهن، مبرّز في العلم»[١]، ولقد عجِبَ تاج الدِّين السّبكيّ من الشَّافعيّة إذْ لم ينتدبوا لشرحه، والكلام عليه، وكتابُ "البرهان" من مفتخراتهم، وإنَّما الذي انتدب لذلك وتصدّى لشرحه وبيانه المالكيَّة[٢].

فشرحه الإمام أبو عبد الله المازري (ت ٥٣٦هـ) في: "إيضاح المحصول من برهان الأصول"[٣] وهو شرح لم يكمل، وتوقَّفَ فيه إلى بداءة كتاب الإجماع. قال تاجُ الدِّين السُّبْكيُّ عن المازَرِيِّ: «...هذا الرجل كان من أذكى المغاربة قريحةً، وأحدّهم ذِهْناً؛ بحيث اجترأ على شرح "البرهان" لإمام الحرمين، وهو لُغْزُ الأُمَّة الذي لا يحوم نحو حِماه، ولا يدندن حول مغزاه إلاّ غوّاص على المعاني، ثاقب الذهن، مبرز في العلم»[٤].

وشرَحَ "البرهان" كذلك أبو الحسن الأبياري[٥] (ت٦١٦هـ) في: "التحقيق والبيان في شرح البرهان"[١].

---

[١] السبكي، طبقات الشَّافعيّة الكبرى ٢/٢٤٣.

[٢] السبكي، طبقات الشَّافعيّة ٥/١٩٢، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ١/٢٣٤.

[٣] والكتاب مطبوع بتحقيق عمار طالبي؛ طبع في دار الغرب الإسلامي.

[٤] السبكي، طبقات الشَّافعيّة الكبرى ٢/ ٢٤٣.

[٥] يقع تصحيف هذه النسبة في غالب الكتب إلى: «الأنباري» أو«ابن الأنباري»، وصوابه: «الأبياري»، بفتح الهمزة وباء موحدة ثم ياء مثناة تحتية، وهي مدينة من بلاد مصر على شاطيء النيل، بينها وبين الإسكندرية أقلّ من يومين. ابن فرحون، الديباج ٣٠٦.

وفي هذين الكتابين من بديع التَّحقيق وسديد النَّظر ما يبهر المتأمِّل، وهما في شرحيهما ليس بتابعين للجوينيّ فيما يقرّر، بل إنّ التحرّر في الاستدلال والنقد والاختيار يملء الكتابين، وفي شرحيهما كثير من التَّعقبات على الجويني، وهذا الذي لم يُرض تاجَ الدين السبكي[٢].

ثمَّ جاء الشَّريف أبو يحي زكريّا بن يحي الحسيني المالكي، فجمع بين كتابي المازري والأبياري، وزاد عليهما[٣]، وسمّى شرحه بـــ: «كفاية طالب البيان شرح البرهان»[٤].

وشرح البرهان من المالكيَّة: ابن العلاف[٥] وابن المنيّر[٦]. ولابن عطاء الله الإسكندري (ت٧٠٩هـــ) مختصر النكت[٧]، ومختصره لابن المنيّر[٨].

والكتاب الثاني الذي احتفى به المالكيَّة هو كتاب "**المستصفى**" للغزالي، قال الزركشي: «وقد اعتنى به المالكيَّة أيضا»[٩].

فقد شرحه: أبو عبد الله العبدري في كتابه المسمى "بالمستوفى"[١٠]، وعلّق عليه سهل بن محمد ابن سهل بن مالك الأزدي الأندلسي (ت ٦٣٩هـــ)[١١]. وشرحه أبو جعفر أحمد بن محمد بن مسعدة العامري (ت ٦٩٩هـــ) قال ابن فرحون: «شرح كتاب المستصفى شرحا حسنا»[١].

ومن الغرائب أن المازري انتقد الإحياء في كتاب أفرده لذلك سماه: «النكت والإنباء على المترجم بالإحياء». السبكي، طبقات الشَّافعيّة ٢٤٠/٦، وللأبياري كتاب: «سفينة النجاة» سلك فيه منهج الغزالي في «الإحياء». ابن فرحون، الديباج ٣٠٦.

[١] ابن فرحون، الديباج ٣٠٦؛ والكتاب حقق كأطروحة دكتوراة في جامعة أم القرى من قبل الدكتور علي بسام.

[٢] السبكي، طبقات الشَّافعيّة ١٩٦/٥-١٩٣، رفع الحاجب ١٣٢/٣.

[٣] السبكي، رفع الحاجب ٢٣٤/١، طبقات الشَّافعيّة ١٩٢/٥.

[٤] توجد نسخة منه بمكتبة القرويين بفاس رقم ١٣٩٧، وهومبتور الأول، كما توجد نسخة بمكتبة بريل هوتسيما بهولندا، رقم ٨٠٧. انظر مقدمة تحقيق: «إيضاح المحصول» ص ١٦.

[٥] الزركشي، البحر المحيط ١١/١.

[٦] المصدر السابق ١١/١.

[٧] الزركشي، البحر المحيط ١٢/١، وفي المعيار: «شرح اختصار البرهان»، الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـــ، ٣٩٦/٥.

[٨] الزركشي، البحر المحيط ١٢/١.

[٩] المصدر السابق ١٢/١.

[١٠] المصدر السابق ١٢/١.

[١١] ابن فرحون، الديباج ٢٠٦.

ونكّت عليه ابن الحاج وغيره[٢].

واختصره: ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥ هـ) في "الضروري من أصول الفقه"، وهو مطبوع في جزء لطيف، وابن شاس (ت ٦١٦هـ)[٣]، وابن رشيق (ت٦٣٢هـ) في "لباب المحصول" وهو مطبوع في جزءين. ولا تخلو هذه المختصرات من تعقبات على الغزالي واختيارات؛ خاصَّة كتاب ابنِ رشد الحفيد ففيه تعقُّبات كثيرة؛ لا على الغزّاليّ وحسب بل على الأصوليِّين كلِّهم.

ومن أبرَز ما ميَّز القرن السَّابع ظهورُ الاختصاراتِ في كلِّ العلوم من فقه وأصول وعقيدة ونحو وغيرها؛ وكان علمُ الأصول من هذه العلوم التي أُلّفت فيها المختصراتُ بقصد التَّقريب والتَّيسير؛ ولئن كان لهذه المختصرات بعضُ الفائدة فإنَّ لها من الآثار غير المرضيَّة ما فيها؛ منها: توجيه جهود الطَّلبة إلى فكّ الألغاز وحلّ المشكلات في تلك المختصرات؛ وهي في الأصل وُضِعَت على أساس التَّبسيط والتَّذليل فإذا بها تنقلب إلى عَقَبات كَأْداء في طريق التَّحصيل؛ كما قرَّر ذلك ابن خلدون في مقدِّمته[٤].

وأبرز التَّآليف المختصرة في الأصول لدى المالكيَّة بل ولدى المذاهب الأخرى مختصرا ابنِ الحاجب الأصليين؛ المختصر الأوَّل وسمه بـ: "نهاية الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل"، ثمَّ اختصر هذا المختصر في: "مختصر السُّول والأَمَل في علمَي الأصول والجَدَل" ولاقى هذا المختصر الصَّغير قبَولا عامّا، وطار في النَّاس كلَّ مَطار، وعكف عليه الطَّلبة شرقا وغربا، وشَرَحَه كثير من العلماء من مختلف المذاهب، من مالكية[٥] وشافعية[٦] وحنابلة[٧].

قال ابن خلدون: «تداوله طلبة العلم، وعُني أهل المشرق والمغرب به، وبمطالعته، وشرحه»[٨].

---

[١] ابن فرحون، الديباج ١٠٤.

[٢] الزركشي، البحر المحيط ١/١٢.

[٣] المصدر السابق ١/١٣.

[٤] ابن خلدون، المقدمة ١٠٢٨-١٠٢٩، الحجوي، الفكر السامي ٤٥٧-٤٦٣.

[٥] الرهوني، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول ١/١٢٦.

[٦] السبكي، طبقات الشّافعيّة، انظر فهارس الكتب ٥٠٩-٥١٠.

[٧] بكر أبو زيد، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد: راجع الفهارس ١١٧٩

[٨] ابن خلدون، المقدمة ٨١٧.

وممّا يلحظ في مختصر ابنِ الحاجب أنَّه كتاب في الأصول على طريقة المتكلِّمين؛ بحيث لا تتلمّح مالكيَّةَ المؤلِّف في مباحث الكتاب ومسائله؛ حتَّى في المسائل التي تَفرَّدُ المالكيَّة بها واختصُّوا بالقول بها.

وفي هذا القرن كان القرافيّ الإمام المحقِّقُ والفقيهُ المبرِّز؛ وكان له أثر جليل في التَّأليف الأصوليّ في المذهب فقد ألَّف مختصر تنقيح الفصول وشرَحه؛ وشرَح كذلك محصول الرَّازي بكتاب وسَمَه بـــ: "نفائس الأصول" وهو من أجود الكتب تحقيقا ونظرا؛ كما أنَّ كتابه "الفروق" قد تضمَّن كثيرا من القواعد الأصوليَّة محرَّرة ومُقرَّرة.

ومعلومٌ أنَّ هذه العصور هي عصورُ تقليد ممَّا أنتج عنه ضعفُ الاشتغالِ بعلم الأصول إلاَّ بقدر يسير بحيث لا تُكوِّنُ ملكة اجتهادية قويمة.

أمَّا القرن الثَّامن فإنَّه على شاكلة سابقه في التَّهمُّم بالمختصرات والاشتغال بها والنَّظر فيها؛ إلاَّ أنَّ الذي شهده هذا القرنُ هو بُروزُ تأليف بديع هو كتاب "الموافقات" لشيخ المقاصد أبي إسحاق الشَّاطبيّ (ت٧٩٠هـــ)؛ وهذا الكتابُ يُعدّ من الكتب التي كان لها بالغُ الأثر في تقرير علم مقاصد الشَّريعة، والذي يُعتَبَرُ في الصَّميم من علم أصول الفقه؛ وكان للمذهب المالكيِّ في كتاب الشَّاطبي المحلُّ الأوفر من الاهتمام في التَّقرير والتَّنظير، فكان هذا الكتاب مُبرِزاً لجوانبَ تأصيليَّة في المذهب المالكي لم يُسبَق الشَّاطبي رحمه الله في بيانها وتجليتها على النَّحو الذي صنعه.

وبَعْدَ الشَّاطبي لم أجد في حدود ما وقفتُ عليه شيئا ذا بال إلاَّ ما ألَّفه إمامُ المغرب وعلاَّمتُه: الشَّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور؛ فقد كان لهذا الإمام إسهامٌ بالغ الأهميَّة في تحرير كثير من القضايا الأصوليَّة في مذهب مالك؛ وكان ذلك في كتابين له: الكتاب الأوَّل: حاشيته على شرح تنقيح الأصول للقَرافيّ، وهي حاشية شَرَحَ فيها المستغلَق من الكتاب، وتعقَّب القرافيّ في بعض المسائل، وحرَّر مسائل من أصول المالكيَّة لم يُلفِ القَرافيُّ مُحرِّرا لها. والكتاب الثَّاني: هو "كتاب مقاصد الشَّريعة الإسلاميَّة"، وهو كتابٌ وأيُّ كتابٍ! تَحقيقاً وتنظيراً، ولائحٌ في كتاب ابن عاشور المسحةُ المالكيَّة بحيثُ لا يُغادِرُ مبحثا إلاَّ وتجده ممثِّلا بمذهب مالك ومُنظِّراً على وَفقه.



المبحث الثاني:

أصولُ المذهبِ المالِكيّ: مفهوماً، وإحصاءً، وأنواعاً، وخصائصَ

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي.

المطلب الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها وأنواعها.

المطلب الثالث: خصائصُ أصول المذهب المالكي.

المطلب الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي:

إعطاء مفهوم لأصول المذهب المالكي يتوقف على تعريف كلٍّ من "أصول" و"المذهب المالكي"؛ وهذا ما سأبحثه فيما يلي:

الفرع الأول: الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا:

أولًا: مفهوم الأصل لغة:

الأَصْل: أَسْفَلُ الشَّيء يُقال: قَعَدَ في أَصْل الجَبَلِ، وأَصْلِ الحائِطِ، وقَلَعَ أَصْلَ الشَّجَرِ، ثم كَثُرَ حَتّى قِيلَ: أَصْلُ كُلِّ شَيءٍ: ما يستَنِدُ وُجُودُ ذلك الشَّيءِ إِليه، فالأب أَصْلٌ للوَلَدِ، والنَّهَرُ أَصْلٌ للجَدْوَلِ[1].

وجمع أصل أُصول، لا يُكَسَّر على غير ذلك[2].

ويقال: أَصَّلَ الأُصُولَ، كما يُقال: بَوَّبَ الأَبْوابَ، ورَتب الرتَبَ. وقال المُناوِيُّ: أَصَّلْتُه تَأْصِيلاً: جَعَلْتُ له أَصْلاً ثابِتًا يُبنى عليه غَيرُه[3].

ثانيا: مفهوم الأصل اصطلاحا:

قد وقع لفظُ الأصل في اصطلاح العلماء من الفقهاء والأصوليِّين على معانٍ مُختلفة ومفاهيمَ متنوِّعة؛ وفي هذا الموضع أذكرُ أبرز هذه المعاني الدَّائرة في كلامهم:

أوَّلا: الصورة المقيس عليها: من أشهر إطلاقات الأصل الوارِدة في كلام أهل العلم الصّورة المقيس عليها؛ فالأصل ركن من أركان القياس؛ وهو الصّورة التي يتمّ القياس عليها ويلحق حكمها بالفرع للعلّة المشتركة بينهما[4].

ثانيا: الرّجحان: ومن الإطلاقات الشَّائعة كذلك إطلاقُ الأصل بمعنى الرّجحان؛ كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة ، أي : الرَّاجح عند السَّامع هو الحقيقة لا المجاز[1].

---

[1] الزبيدي، تاج العروس ٧/٣٠٦-٣٠٧.

[2] الزبيدي، تاج العروس ٧/٣٠٧.

[3] الزبيدي، تاج العروس ٧/٣٠٧.

[4] القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٦، نفائس الأصول ١/١٥٧، الزركشي، البحر المحيط ١/٢٦، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/١٥-١٦.

ثالثا: الدليل: وأشهَرُ الإطلاقات وأكثرُها ذُيوعا على ألسنة العلماء وأقلامهم إرادةُ الدَّليل من إطلاق لفظة: "الأصل"؛ كقولهم : أصلُ هذه المسألة من الكتاب والسّنة أي: دليلها، ومنه أصول الفقه أي: أدلته ؛ وهذا المعنى هو المراد في هذه الدِّراسة؛ فأعني بالأصول الاجتهادية التي يُبْنَى عليها المذهب المالكيُّ الأدلَّة الكليَّة النَّظريَّة التي كان مذهب المالكيَّة بانيا فقهه عليها[٢].

الرَّابع : القاعدة المستمرة: ومن معاني الأصل القاعدة المستمرة؛ كقولهم : إباحة الميتة للمضطرِّ على خلاف الأصل[٣].

خامسا: خلاف التَّعبّد: وقد يُطلقُ العلماء في بعض المسائل أنَّ مسألة كذا خلاف الأصل ويريدون من ذلك أنَّها على التَّعبُّد الذي لا يجري عليه قياسٌ؛ كقولهم: إيجاب الطَّهارة بخروج الخارج على خلاف الأصل؛ يُريدون أنه لا يَهتدي إليه القياس[٤].

سادسا: الغالب في الشَّرع: كذلك يطلقون الأصل على ما عُلِمَ وُروده في الشَّرع على سبيل الغالب؛ والخُلوص إلى كون هذا الأمر غالبا في الشَّرع إنَّما يكون باستقراء مواردِ الشَّرع[٥].

سابعا: الاستصحاب: ومن أشهر إطلاقات الأصل إطلاقُه على معنى الاستصحاب؛ أي: استمرارُ الحكم السَّابق في الزَّمن الحالي أو المستقبلي؛ كقولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتَّى يوجد المزيل له[٦].

ثامنا: المخرج: ومن الإطلاقات الخاصَّة إطلاقُ الفَرَضيِّينَ الأصلَ على مَخرَج المسائل في مسائل المواريث؛ كقولهم: أصل المسألة من كذا[٧].

---

[١] القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٥-١٦، نفائس الأصول ١/١٥٧، الزركشي، البحر المحيط ١/٢٦.

[٢] القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٥-١٦، الزركشي، البحر المحيط ١/٢٦. وانظر إطلاق المالكية للأصل على هذا المعنى عند السِّجلماسيِّ في شرح اليواقيت الثمينة ٢/٧٠٦-٧٠٨.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ١/٢٦.

[٤] الزركشي، البحر المحيط ١/٢٧.

[٥] الزركشي، البحر المحيط ١/٢٧.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ١/٢٧.

[٧] الزركشي، البحر المحيط ١/٢٧.

الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي:

أولا: تعريف المذهب لغة:

المذهب من: ذَهَبَ يَذْهَبُ؛ والمصدر منه: ذَهَاباً (بالفَتْحِ ويُكْسَرُ)؛ وذُهُوباً؛ ومَذْهَباً؛ فهو ذَاهِبٌ وذَهُوبٌ: سَارَ أَو مَرَّ[١].

والمَذْهَب: الطَّرِيقَةُ يقال : ذَهَبَ فلانٌ مَذْهَباً حَسَناً أَي طريقةً حَسَنَةً[٢].

ومن المجاز: المَذْهَبُ: المُتوَضَّأُ لأَنَّه يُذْهَبُ إليه، وهو مَفْعَلٌ مِن الذَّهَابِ[٣].

ومن المجاز: المَذْهَبُ: المُعْتَقَد الذي يُذهَب إليْهِ؛ وذَهَب فلانٌ لِذَهَبِه أَي لِمَذْهَبِه الذي يَذْهَب فيه[٤].

فالمذهبُ مصدرٌ ميميّ للفعل ذَهَبَ؛ وهو صالح لحادث الذَّهاب ومكانه وزمانه؛ والمعنى الذي يَعنينا من هذه المعاني هو مكانُ الذَّهاب ومحلّه؛ لأنَّ المذهب الذي يُنسَبُ لعالم من العلماء هو مَحلّ لذَهاب اجتهاده؛ فيُقالُ مذهبُ مالك، ففيه تشبيهٌ للأحكام التي ذَهَبَ إليها واعتقَدَها بطريق يُوصِلُ إلى المقصود، واستعارَ اسمَ المشبَّه به للمشبَّه على طريق الاستعارة التَّصريحيَّة الأصليَّة، والجامعُ بينهما التَّوصّل للمقصود في كلٍّ[٥].

ثانيا: مفهوم المذهب اصطلاحا:

المقصد من المذهب في الاصطلاح هو مجموعُ الآراء الاجتهاديَّة لإمام من الأئمَّة الذين دُوِّنَتْ آراؤهم وحُرِّرت؛ وما تلاه من اجتهادات أصحابِه على وَفْق قواعده وأصوله تخريجا وترجيحا.

فالمذاهب التي تُعزَى للأئمَّة ليست خالصة لهم؛ بحيث لا تجِدُ فيها إلاَّ رأيا صَدَرَ عنهم واجتهادا عُزِيَ إليهم؛ بل إنَّ حقيقة المذهب هو ما اشتمل على اجتهادات إمام المذهب وعلى

---

[١] الزبيدي، تاج العروس ٤٤٩/٢، ابن منظور، لسان العرب ٣٩٣/١.

[٢] الزبيدي، تاج العروس ٤٥٠/٢، ابن منظور، لسان العرب ٣٩٣/١.

[٣] الزبيدي، تاج العروس ٤٥٠/٢، ابن منظور، لسان العرب ٣٩٤/١.

[٤] الزبيدي، تاج العروس ٤٥٠/٢، ابن منظور، لسان العرب ٣٩٤/١.

[٥] الصاوي، بلغة السالك ١٦/١، الحطاب، مواهب الجليل ٢٤/١، النفراوي، الفواكه الدواني ٢٤/١، الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ١٢١/١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢١.

اجتهادات أتباعه من تلامذته ومَنْ تلاهُم بشرط أَنْ تكون هذه الاجتهاداتُ صادِرة عن قواعد الإمام وأصوله بحيث تكفُل للاجتهاد أن يكون منسوبا للمذهب ومعزوّا إليه؛ فمذهبُ المالكيَّة مثلا هو مذهبُ الإمام مالك بن أنس في آرائه الاجتهاديَّة ومذهبُ ابن القاسم وأشهبَ وابنِ وهب وأصبغَ بنِ الفرج والقاضي إسماعيلَ وابنِ أبي زيدٍ القيروانيِّ والمازَريِّ وابنِ رشد وابنِ الحاجب والقَرَافِيِّ والشَّاطبيِّ وخليلٍ والخَرشيِّ والعَدَوِيِّ؛ إلى غيرهم من علماء المذهب وفُقهائه. فالنَّوازِلُ التي أفتى فيها المالكيَّة على وَفْق قواعد مالك إنَّما تُنسَب لمذهب المالكيَّة، ولا تُعدُّ خارجةً عنه؛ ما دامت هذه الفتاوى مُتفرِّعة من قواعد الإمام التي ارتضاها لنفسه في الاجتهاد وبنى مذهبه عليها.

ومن دلائل كون المذهب شامِلا لآراء غير الإمام أنَّ المالكيَّة في بعض الفروع يعتمِدون قولَ ابنِ القاسم ويترُكون قولَ الإمام مالك نفسه؛ ثمَّ إنَّهم يعدّون ما اعتمدوه من مذهبهم المالكيّ مع أنَّ إمامهم الذي يتَّبعونه قال بخلاف ما نسبوه إلى المذهب؛ وهذا يُنبئ عن شُمول اصطلاح المذهب لما هو أعمُّ من اجتهادات الإمام ليندرِجَ فيه اجتهاداتُ المتَّبِعين له.

ومن شرط ما يُعزَى للمذهب أيِّ مذهبٍ أنْ يكون من قبيل الأحكام الاجتهاديَّة؛ أمَّا الأحكام القطعيَّةُ التي لا محلَّ للنَّظر فيها فلا اختصاصَ لمذهب بها دون مذهب[١].

وللمالكيَّة المتأخِّرين اصطلاحٌ في إطلاق لفظة المذهب في كتبهم الفقهيَّة؛ فهُم يُريدون بها إذا ما أجروها في كلامهم: "المعتمد المفتى به لدى علماء المذهب"؛ من باب إطلاق الشَّيء على جُزئه الأهمّ؛ نحو قوله ﷺ: «الحج عرفة»[٢]؛ لأنَّ ذلك هو الأهمّ عند الفقيه المقلّد[٣].

وإذا استبان لنا مفهوم كل من "الأصول" و"المذهب المالكي" فالمراد من الأصول التي يُبنى عليها المذهب المالكي: الأدلَّة الكليَّة التي يُؤسَّسُ عليها فقهُ المالكيَّة إماما وأتباعا.

---

[١] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ١٩٩-٢٠٠، عليش، منح الجليل ١٩/١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢٢-٢٢٣.

[٢] رواه الترمذي في جامعه، كتاب الحج، باب فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، رقم: ٨٨٩، والنسائي، في سننه، كتاب الحج، باب فرض الوقوف بعرفة، رقم: ٣٠١٦. وصححه الألباني: الإرواء رقم: ١٠٦٧.

[٣] الحطاب، مواهب الجليل ٢٤/١، النفراوي، الفواكه الدواني ٢٤/١، الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ١٢١/١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٢٢١.

المطلب الثّاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها وأنواعها:

الفرع الأول: إحصاء أصول المذهب المالكي:

لم ينصّ مالك على كلِّ أصوله كما تقدَّم الإشارة إليه في المبحث الأول؛ لكنَّ المالكيَّة ممَّن جاؤوا بعده اعتنوا ببيان الأصول التي كان مالك يصدُر عنها في اجتهاده الفقهيّ؛ والتي تعدّ أُسسا في المرجعيَّة التَّدليليَّة لمذهبه؛ وكان الأساس الذي اعتُمد في عمليَّة الوُقوف على هذه الأصول هو استقراء الفروع والاستدلالات الجزئيَّة والنَّظرُ فيها لتلمُّح أصول المذهب واستخلاص المنطق الاجتهاديِّ للإمام؛ فخلصت المالكيَّة إلى جملة أدلَّة وأصول نسبوا لمالك وأصحابه أنَّها كانت أعمدةَ المذهب التَّدليليَّةَ التي بُنِيَ المذهبُ عليها.

ولقد اهتم غير واحد من المالكية بتعداد الأدلة التشريعية التي بني عليها مذهب مالك؛ لكنَّ النَّاظر في إحصاء هذه الأصول لدى المالكيَّة يلحَظُ أنَّ هنالك اختلافا في عدد الأصول التي عَزَوْها لمذهبهم؛ فمن المالكيَّة مَنْ جعل أصول المذهب أربعةَ أصول، ومنهم بلغ بها العشرين دليلا وأصلا؛ وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءاتٌ تتردَّد بينهما.

والسَّببُ الذي أدَّى إلى هذا الاختلاف في عمليَّة الإحصاء ما بين مُقتصِد في العدّ وبين مُبالغ يرجعُ في نظري القاصرِ إلى أسباب أجملُها في يأتي:

أوَّلا: أنَّ بعض المالكيَّة في تَعدادهم لأصول المذهب لم يلتزموا الاستيعابَ ولا قَصَدوه؛ وإنَّما كان غرضُهم ذكر أهمّ الأصول وأجلاها في المذهب.

ثانيا: بعضُ المالكيَّة يجعل بعضَ الأصول عامَّة بحيث تشمل أصولا أُخرى مُفرَدَة عند غيرهم؛ فمثلا نجدُ أنَّ ابنَ العربيِّ عدَّ من جملة الأصول: "الاجتهاد"؛ وهو شامل ولا شكّ لكثير من الأصول كالاستحسان وغيره؛ ومن العُلماء من يعُدّ الاستدلال المرسل من جملة القياس؛ فذِكْرُ القياس في أصول مالك يُجزئُ عن ذكر الاستدلال المرسل مُفرَدا لأنَّه من مشمولاته. وكمن جَعَلَ مُراعاة الخلاف من قَبيل الاستحسان فذِكْرُ الاستحسان في جملة أصول مالك مُغن عن التَّنصيص على مراعاة الخلاف. وهذا يرجع -فيما أحسِبُ- إلى تطوُّر المصطلحات في علم أصول الفقه والاتِّجاه إلى التَّمييز -ما أمكن- بين المعاني المختلفة ولو كان الاختلافُ جزئيّا؛ فالمتقدِّمون مثلا يُطلقون مصطلح الرَّأي للاجتهاد الذي خَرَجَ عن الاستدلال المباشر من الكتاب

والسنة والإجماع؛ وهو عند المتأخِّرين يشمل أصولا كثيرة كالاستصلاح والاستحسان والاستصحاب وسدّ الذرائع..

ثالثا: ومن جملة هذه الأسباب الاختلافُ بين المالكيَّة في الاعتداد ببعض الأصول وعدِّها من جملة أدلَّة الشَّرع؛ وعدم الاعتداد بها؛ فمن جَعَلَها دليلا من أدلَّة الشَّرع في المذهب أدخلها في سِلْك أُصول المالكيَّة؛ ومن خالف لم يدرجها في إحصائه؛ مثل العُرف وقول الصحابيِّ.

رابعا: ومن جملة هذه الأسباب كذلك القُصور في الإحصاء من بعض العُلماء في تَعداد أصول المالكيَّة؛ فليس مَن التزم الاستيعابَ في الإحصاء تمَّ له ذلك؛ لأنَّ للتَّقصير مَدخلا في عمليَّة الإحصاء إذْ هي عمليَّة اجتهاديَّة تتعلَّق بالنَّظر.

وستتناول الدراسة تتبُّع ما أحصاه المالكيَّة من أصول مذهبهم متبعةً في ذلك التَّسلسُل الزَّمنيَّ لهذه الإحصاءات:

الإحصاء الأول:

قد أُثِرَ عن مالك رحمه الله التَّنصيصُ على بعض أُصوله؛ وذلك في بيانه للأدلَّة التي يجبُ على القاضي أنْ يكون مُستنداً إليها في الحكم الذي يصدُر عنه في قضائه؛ والقضاءُ لونٌ من ألوان الاجتهاد، وأصولُ الأدلَّة التي يرجع إليها القاضي هي الأصول نفسها التي تكون لدى المجتهد في إفتائه.

قال ابن أبي زيد في كتاب النوادر والزيادات: «ومن كتاب سحنون:

قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإن لم يكن فيه فبما جاء عن رسول الله ﷺ إذا صحبته الأعمال، فإذا كان خبرا صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، فإن لم يجد ذلك عن رسول الله ﷺ فبما أتاه عن أصحابه إن اجتمعوا، فإن اختلفوا حكم بمن صحبت الأعمال قوله عنده، ولا يخالفهم جميعا ويبتدئ شيئا من رأيه، فإن لم يكن ذلك فيما ذكرنا اجتهد رأيه وقاسه بما أتاه عنهم، ثم يقضي بما يجتمع عليه رأيه...» [١].

---

[١] ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ٩/١٥-١٦، ابن رشد، البيان والتحصيل ٩/١٩٠-١٩١، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/٦٤-٦٥.

وهذا الذي رواه ابن سحنون عن مالك ثبت مثله عن سحنون، روى ذلك عنه ابن عبدوس في المجموعة[١].

فمُجمل ما تحصَّل من النَّصّ السَّابق أنَّ أصول الأدلَّة التي يجب على القاضي أن يكون مُستنِدا إليها فيما يُبرِمُه من حكم، وفيما يقطعه من قضاء:

أولا: أن يحكم بما في كتاب الله.

ثانيا: الاعتماد على العمل المدني؛ لأنَّ العمل عنده مقدم على أخبار الآحاد[٢].

ثالثا: أن يحكم بالسّنة؛ وشرط الأخذ بها أن لا تعارض عملا مدنيا.

رابعا: الإجماعُ أصل فلا يجوز مخالفته؛ سواء كان الإجماع إجماع الصَّحابة أو إجماع من بعدهم.

خامسا: النَّظر والاجتهاد في القياس على الأصول؛ وهذا آخر الأصول التي أشير إليها في النَّصّ السابق؛ ويُلحَظُ أنَّ هذا الأصل ليس خاصّا بالقياس بمفهومه الخاصّ عند المتأخِّرين بل إنَّه شاملٌ لمسالك الاجتهاد بالرَّأي كالاستدلال المرسل والاستحسان وسدّ الذرائع.

فتحصل من أقدم إحصاء لأصول مالك خمسةُ أصول معتمدة في المذهب المالكي.

الإحصاء الثاني:

قال القاضي ابن العربي: «**فأصول الأحكام خمسة:** منها أربعة متفق عليها من الأمَّة: الكتاب والسّنة والإجماع والنَّظر والاجتهاد، فهذه الأربعة، والمصلحة وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالك ﷺ دونهم، ولقد وُفِّقَ فيه من بينهم»[٣].

فأصولُ الأدلَّة في المذهب المالكيّ عند ابن العربي خمسة أربعة متَّفقٌ عليها بين علماء الأمَّة وأصلٌ اختصَّت به المالكيَّة: فالأول: الكتاب؛ والثاني: السّنة؛ والثَّالث: الإجماع؛ والثالث: النَّظر والاجتهاد؛ والخامس: المصلحة.

---

[١] ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١٦/٩.

[٢] قال ابن رشد: «...وهذا معلوم من أصول مذهب مالك أن العمل مقدم على أخبار الآحاد العدول». البيان والتحصيل ١٩٠/٩.

[٣] ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٦٨٣/٢.

والذي يُلاحَظُ على إحصاء ابن العربيّ مع الإحصاء الأوَّل أنَّه عدَّ المصلحة أصلا مُستقِلا بينما لم يذكر في الإحصاء الأوَّل اكتفاءً بمطلق الاجتهاد والنَّظر.

وممَّا يَلفِتُ النَّظر كذلك أن ابن العربيّ لم يُدرج ضمن أصول الأحكام أصل مالك في العمل المدنيّ؛ ولعلَّ ترك ابن العربيِّ لذكر هذا الأصل لاندراجه في أصل السّنَّة؛ لأنَّ العمل المدني النَّقليَّ الذي يَحتجّ به المالكيَّة هو في الحقيقة من شُعَب الاحتجاج بالسّنة؛ قال ابن خلدون عن مالك: «واختصَّ بزيادة مُدرك آخرَ للأحكام غير المدارك المعتبرة عند غيره وهو عمل أهل المدينة؛ لأنَّه رأى أنَّهم فيما يتَّفقُون عليه من فعل أو ترك مُتابعون لمن قبلهم؛ ضرورة لدينهم واقتدائهم وهكذا إلى الجيل المباشرين لفعل النَّبيّ ﷺ الآخذين ذلك عنه، وصار ذلك عنده من أصول الأدلَّة الشَّرعيَّة؛ وظنَّ كثيرٌ أنَّ ذلك من مسائل الإجماع فأنكره...ومالكٌ رحمه الله تعالى لم يعتبر عملَ أهل المدينة من هذا المعنى، وإنَّما اعتبره من حيث اتِّباع الجيل بالمشاهدة للجيل إلى أن ينتهي إلى الشَّارع صلوات الله وسلامه عليه...ولو ذُكِرَت المسألة في باب فعل النَّبيِّ ﷺ وتقريره أو مع الأدلَّة المختلف فيها مثل مذهب الصحابي و شرع من قبلنا و الاستصحاب-: لكان أليقَ بها»[١].

أمَّا عدم ذكر ابنِ العربيِّ للاستحسان؛ فلأنَّ الاستحسان عند مالك هو تخصيصٌ للعامِّ أو القياس بالمصلحة؛ كما فسَّره به ابن العربي نفسه[٢]؛ ومنه فإنَّ الاكتفاء بالتَّنصيص على المصلحة يُغني عن التَّنصيص على الاستحسان؛ لأنَّه راجع إلى اعتبار المصلحة.

وممَّا يُلحظ كذلك على إحصاء ابن العربيِّ أنَّه أهمل بعض الأصول التي نصَّ هو على أنَّها من أصول مالك في مواضع من كتبه كما سيأتي نقله عنه؛ كسدّ الذَّرائع مثلا؛ قال القاضي ابن العربي في سوقه للأصول التي تبنى عليه أحكام البيوع: «الأصول ستة: أربعة من الحديث واثنان من المعنى...وأما المعنى فإن مالكا زاد في الأصول مراعاة الشّبهة، وهي التي يسميها أصحابنا الذرائع؛ وهو الأصل الخامس. والثاني وهو السادس: المصلحة وهو في كل معنى قام به قانون الشريعة وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة، و لم يساعده على هذين الأصلين أحد من العلماء، وهو في القول بهما أقوم قيلا وأهدى سبيلا»[٣].

---

[١] ابن حلدون، المقدمة ٨٠١-٨٠٢.

[٢] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٣] ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٧٧٧-٧٧٩.

فنرى كيف جعلَ ابنُ العربيِّ سدَّ الذَّريعة أصلا في مُقابِلِ المصلحة وأخبار الآحاد؛ وهذا يدلُّ على أنَّ إحصاء ابن العربيِّ كان قاصرا في إهماله لأصل الذَّرائع؛ وهو من الأصول عنده.

الإحصاء الثالث:

قال عياض في ترتيب المدارك: «...وأنت إذا نَظَرْتَ لأوَّل وَهْلَة مَنازع هؤلاء الأئمَّة ومآخذَهم في الفقه والاجتهاد في الشَّرع-: وجدتَ مالكا ﷺ ناهجا في هذه الأصول مناهجَها، مرتِّبا لها مراتبها ومدارجها: مُقدِّماً كتاب الله ومرتبا له على الآثار، ثمَّ مقدِّما لها على القياس والاعتبار تاركاً منها ما لم تتحمَّله الثِّقات العارفون لما تحمَّلوه أو ما وَجَد الجمهورَ والجمَّ الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه...»[١].

ويؤخذ من نصّ القاضي عياض أنَّ أصول مالك أربعة:

أوَّلا: كتاب الله.

ثانيا: الآثار من سنة رسول الله ﷺ.

ثالثا: عمل أهل المدينة.

رابعا: القياس والاعتبار؛ وهذا الأصل ممَّا يَجمَعُ أصولا أخرى إذْ يَدخُل في مفهوم الاعتبار مطلقُ الاجتهاد كالاستدلال المرسل والاستحسان.

والذي يظهَرُ من كلام القاضي عياض أنَّه لم يقصد إلى حصر الأدلَّة التي يرجع إليها مالك في اجتهاده وإنَّما ذكر أبرز الأدلَّة وأهمها.

وقد أهمل هذا الإحصاءُ ذِكرَ أصلِ الإجماع، وهو من الأصول المتَّفق عليها في المذهب المالكيِّ. ولعل إهماله للإجماع -وهو من أهمِّ الأصول- يرجع إلى أنّه كان مهتمّا بذكر مراتب الأدلَّة حال التَّعارض؛ ومعلومٌ أنَّ الإجماع إذا وَقَعَ سَقَطَ النَّظرُ وارتفع الاجتهاد وكان المقدَّمَ والمعمولَ به بلا خلاف بين الأمَّة؛ فلعلَّ ذلك كان باعثا للقاضي عياض على ترك ذكر أصل الإجماع.

الإحصاء الرَّابع:

---

[١] عياض، ترتيب المدارك ٩٤/١، ابن فرحون، الديباج المذهب ١٦/١.

قال ابن الحاجّ في كتابه المدخل: «مذهب مالك رحمه الله مبنيٌّ على أربع قواعد: القاعدة الأولى: آية محكمة؛ القاعدة الثَّانية: حديث صحيح عن رسول الله ﷺ من غير ناسخ ولا معارض؛ القاعدة الثالثة: إجماع أهل المدينة؛ القاعدة الرابعة: إجماعُ أكثرهم بعد اختلافهم ومناظرتهم»[١].

فأصول مالك كما هو جليّ من نص ابن الحاج أربعة: الأول: كتاب الله، الثاني: سنة رسوله ﷺ، الثالث: إجماع أهل المدينة؛ الرابع: الإجماع. إلاَّ أنَّ تفسير الإجماع في كلام ابن الحاجّ تفسيرٌ غريب؛ إذْ من شرط الإجماع أن يُجمِعَ كلّ المجتهدين لا أكثرُهم.

وللشَّيخ عليش إحصاءٌ شبيه بإحصاء ابن الحاجّ؛ قال عليش: «وقد بنى مالك ﷺ مذهبَه على أربعة أشياء: الأوَّل: آية قرآنية؛ والثَّاني: حديث صحيح سالم من المعارضة، الثالث: إجماع أهل المدينة، الرَّابع: اتفاق جمهورهم»[٢]، وعَدَّدَها في موضع آخر ثمَّ قال: «جعل الأربعة أصول مذهبه»[٣].

والعجبُ في الإحصائين إهمالُهما لأصول الاجتهاد بالرَّأي: كالقياس والمصالح المرسلة وسدّ الذَّرائع؛ وهذا قصور جليٌّ في إحصاء أصول مالك ﷺ.

الإحصاء الخامس:

قال أبو الحسن الصُّغَيِّر شارحُ المدونة: «ذكر الفقيهُ راشدٌ عن شيخه أبي محمَّد صالح أنَّه قال: الأدلَّةُ التي بنى عليها مالك مذهبه ستَّة عشر: نص **الكتاب** وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب وهو المفهوم بالأولى، وتنبيه الكتاب وهو التنبيه على العلة...ومن **السنة** أيضا مثل هذه الخمسة؛ فهذه عشرة. والحادي عشر **الإجماع**، والثَّاني عشر **القياس**، والثَّالث عشر **عمل أهل المدينة**، والرَّابع عشر **قول الصحابي**، والخامس عشر **الاستحسان**، والسادس عشر **الحكم بسد الذرائع**. واختلف قوله في السابع عشر وهو **مراعاة الخلاف**؛ فمرَّة يقول يراعيه ومرة لا يراعيه»[٤].

---

[١] ابن الحاج، المدخل ١/١٨٠.

[٢] عليش، فتح العلي المالك ١/٩٠.

[٣] المصدر السابق ١/١٠٥.

[٤] النفراوي، الفواكه الدواني ١/٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/٢٥٠، الوزاني، المعيار الجديد ١١/٩٣، الحجوي، الفكر السامي ١/٤٥٥.

وإحصاء أبي محمَّد لأصول مذهب مالك من أوْفَى الإحصاءات وأجمعها؛ إذْ بَلَغَ بالأصول إلى سبعة عشر أصلا إنْ عَدَدْنا مُراعاة الخلاف أصلا؛ وممَّا يُلحظ على إحصائه مايأتي:

أوَّلا: الخلطُ بين الأصل كمصدر تشريعيّ وبين طُرق الدَّلالة على الحكم من ألفاظ الشَّارع؛ فالنَّصّ والظَّاهر ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة وتنبيهُ الخطاب هي طرق للدَّلالة على الأحكام من ألفاظ الشَّارع؛ وليست أدلَّة تشريعيَّة بحيث تكون قسيمةً للقياس والاستحسان وغيرها من أدلَّة الشَّرع عند المالكيَّة؛ فالكتاب والسّنة هما الدَّليلان أمَّا النَّص والظَّاهر...فهي مسالكُ بيانيَّة لخطاب الشَّارع.

على أنَّه قد وَقَعَ في تفسير بعض المصطلحات الواردة في كلام أبي محمَّد صالح خلافُ ما هو معلوم في اصطلاح الأصوليّين؛ فتفسير الظَّاهر بأنَّه العموم، وتفسير المفهوم بأنَّه مفهوم الأوْلى؛ هو على غير اصطلاح أهل الأصول[١].

والذي يخلص من الأصول التي بُنِيَ عليها المذهب المالكيَّة بعد أنْ يؤخذ في الاعتبار البيان السَّابق-: تسعة أصول:

الأول: **الكتاب**؛ الثاني: **السنة**؛ الثالث: **الإجماع**، الرابع: **القياس**، والخامس: **عمل أهل المدينة**، والسادس: **قول الصحابي**، والسابع: **الاستحسان**، والثامن: **سد الذرائع**، والتاسع: **مراعاة الخلاف**.

ومن عَجَبٍ أنَّ أبا محمَّد قد أهمل أصلا يُعدّ من أبرز أصول مالك وهو أصل الاستدلال المرسل؛ ولا يُقال إنَّ هذا الأصل ممَّا يَندرِجُ تحت بعض الأدلَّة التي ساقها؛ لأنَّ أبا محمَّد كان بعد العصر الذي استقرَّت فيه الاصطلاحات على خلاف ما كان عند المتقدِّمين من تداخل في المعاني وعدم تمييز بينها في الاصطلاح.

وقد اعتَمَد إحصاءَ أبي محمَّد لأصول مالك كثيرٌ من المالكيَّة وزادوا عليه بعضَ الأصول التي لم ينصّ عليها؛ قال أبو الحسن بعد نقله لكلام أبي محمد صالح: «وممَّا بَنَى عليه مذهبه **الاستصحاب**»[٢] فتلك عشرة كاملة.

---

[١] القرافي، شرح التنقيح ٣٧، ٥٣-٥٦.

[٢] النفراوي، الفواكه الدواني ١/٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/٢٥٠، الحجوي، الفكر السامي ١/٤٥٥.

وكذلك نَقَلَ الحجويّ إحصاء أبي محمَّد وما أضافه عليه أبو الحسن وعقَّب على ذلك بقوله: «قلتُ: إنها بلغت عشرين كما يأتي»[١] والذي زاده الحجويّ أصلين هما: المصالح المرسلة وشرع من قبلنا؛ وبلوغها العشرين على أساس حساب أبي محمَّد الذي أدرج فيه المسالك البيانيَّة؛ فتصير الأصول على هذا اثنتا عشر أصلا هي شِرعةٌ لاستقاء الأحكام وموردٌ لها؛ وهذه الأصول هي:

الأول: **الكتاب**؛ الثاني: **السنة**؛ الثالث: **الإجماع**، الرابع: **القياس**، والخامس: **عمل أهل المدينة**، والسادس: **قول الصحابي**، والسابع: **الاستحسان**، والثامن: **سد الذرائع**، والتاسع: **مراعاة الخلاف**؛ العاشر: **الاستصحاب**؛ الحادي عشر: **المصالح المرسلة**؛ الثاني عشر: **شرع من قبلنا**.

الفرع الثّاني: أنواع أصول المذهب المالكيّ:

إنَّ النَّظر في طبيعة الأصول التي بُني عليها المذهب المالكي يُفضي إلى تقسيمها إلى قسمين من حيثُ ارتكازها في حقيقتها على الرَّأي والنَّظر: فالقسم الأول هو: الأصول السَّمعيَّة النَّقليَّة؛ والقسم الثَّاني هو: الأصول النَّظريَّة الاجتهاديَّة.

فالأصول السَّمعيَّة هي الأصول التي مرجعُها في الأصالة إلى النَّقل عن الشَّارع؛ ويندرج في سلك الأصول النقلية: الكتاب والسنة؛ ويلتحِقُ بها من الأصول: الإجماع، وقول الصحابي وشرع من قبلنا، وعمل أهل المدينة.

قال الشاطبي في الموافقات بعد أن بيَّن انقسامَ أدلَّة الشَّرع إلى أدلَّة سمعيَّة وأدلَّة نظريَّة اجتهاديَّة-: «فأما الضرب الأول: فالكتاب والسنة...يلحق بالضَّرب الأوَّل الإجماع على أي وجه قيل به، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا؛ لأنَّ ذلك كله وما في معناه راجعٌ إلى التَّعبُّد بأمر منقول صرف لا نَظَرَ فيه لأحد»[٢].

والأصول النَّظريَّة الاجتهادية عند المالكيَّة هي: القياس والاستدلال المرسل والاستحسان وسدُّ الذرائع ومراعاة الخلاف والاستصحاب.

---

[١] الحجوي، الفكر السامي ١/٤٥٥.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣/٤١.

وقد عدَّ الشَّاطبيُّ في سِلك الأدلَّة النَّظريَّة الاجتهاديَّة القياس والاستحسان والمصالح المرسلة[١]. والشَّاطبيّ في تَعداده للأدلَّة المندرِجَة في كلِّ نوع من أنواع الأدلة لم يلتزم استيعابَ تَعداد الأدلَّة؛ لذلك نجده قد تَرَكَ بعض الأدلَّة والأصول في كلّ نوع.

وإذا نُظِرَ إلى الأدلَّة النَّظريَّة الاجتهاديَّة وُجِدَت آيِلَة في الاعتبار إلى الأدلَّة النَّقليَّة السَّمعيَّة؛ ذلك أنَّ شرعيَّة الأصول الاجتهاديَّة في الاحتجاج إنَّما استُمِدَّت من الأدلَّة السَّمعيَّة النَّقليَّة؛ فالقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وغيرها من الأدلة الاجتهاديَّة لا بُدَّ قبل أن تُتَّخذ أصولا تُبتنى عليها الأحكام من أنْ يشهد لها من الأدلة النّقلية ما يكسبها نَعْتَ الحجية؛ قال الشَّاطبي: «الأدلة الشَّرعية في أصلها محصورة في الضرب الأول -وهو الأدلة النَّقلية السَّمعية- لأنَّا لم نثبت الضَّرب الثَّاني بالعقل وإنَّما أثبتناه بالأوَّل؛ إذ منه قامَت أدلة صحة الاعتماد عليه؛ وإذا كان كذلك فالأوَّل هو العمدة...»[٢].

والأصول النَّقليَّة كذلك هي مُفتقرة إلى النَّظر والاجتهاد؛ لأنَّ الاستدلال بالمنقولات لا بُدَّ فيه من النَّظر وإعمال الاجتهاد[٣].

الفقرة الأولى: بيانُ الأصول النَّقلية للمذهب المالكي:

الأصول النَّقليَّة عند المالكيَّة ستة؛ هي: الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة وشرع من قبلنا وقول الصحابي؛ وسأبين فيما يأتي وجه اندراج هذه الأصول ضمن الأصول النَّقلية:

الكتاب والسنة:

فأمَّا **الكتاب والسنة** فهما أصلا الأدلة النَّقليَّة؛ لأنَّهما صادران من لدن الشارع الحكيم وهو أصل للسَّمع؛ وإذا ثبتا لم يكن لمجتهد نظر ولا اجتهاد في المقابلة له. بل إن الأدلة كلَّها راجعة في مآل الأمر إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ لافتقار كل الأدلَّة إلى هذين المصدرين لبيان حجية أصله.

---

[١] المصدر السابق ٣/٤١.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣/٤٢، وانظر: القرافي، الفروق ١/١٢٨.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٣/٤١.

ثمَّ إنَّ مرجع السّنة نفسها إلى كتاب الله؛ لأنَّ العمل بالسنة والاستناد إليها إنما دل عليه الكتاب الكريم[١].

الإجماع:

أمَّا **الإجماع** فإنَّه يدخل في الأدلة النَّقليَّة لأنَّه لا نظر لأيِّ مجتهد في إجماع ثابت؛ ضرورةَ كون الاجتهاد مُنحصِرا في القضايا التي هي محلّ خلاف؛ أمَّا ما وقع إجماع العلماء عليه فلا محطَّ ثمَّت لأنظار المجتهدين.

شرع من قبلنا:

وأمَّا **شرع من قبلنا** فهو عند المالكيَّة شرعٌ لنا ما لم يرِد في شرعنا ما يخالفه[٢]؛ والاحتجاج به هو من قبيل الاحتجاج بالكتاب والسنة؛ لأنَّ الحكم بأنَّ هذا الأمر من شرع من قبلنا يَلزم أنْ يَثبُتَ بشيء من كتاب الله أو سنَّة رسوله ﷺ؛ وليس مرادُ المالكيَّة من الاحتجاج بشرع من قبلنا احتجاجَهم بما يرويه أهلُ الكتاب[٣]؛ والمالكيَّة إذا جاؤوا في الاستدلال على حجية شرع من قبلنا قالوا: إنَّ الشَّارع لَمَّا ذَكَرَ ما كان عليه شرعُ من قبلنا إنَّما كان على جهة التَّأسي بهم والأخذ بما شرع الله لهم؛ إنْ لم يرد في شرعنا ما يُعارضه أو يُثبِتُه.

قول الصحابي:

أما **قول الصَّحابيّ** الذي لا يُعلَمُ له مخالف من الصَّحابة: فقد اختلف المالكيَّة هل هو أصل يحتج به عند الإمام مالك أو لا؟؛ ثمَّ اختلف من نَسَبَ إليه القول بالحجيَّة: فمنهم من قال بأنَّه حجَّة مطلقا، ومنهم من قيَّدَ ذلك بأن يكون ممَّا لا يُقال بالرَّأي. وعليه؛ فإنَّ الأقوال المنسوبة لمالك ثلاثة:

القول الأول: قول الصحابي ليس بحجة مطلقا، كغيره من المجتهدين.

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٤١/٣.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٦٠/٤-٢٦١، ٢٩٣/٧، القرطبي، المفهم ٣٦/٥-٣٧، المقري، القواعد رقم١٩٢، الرهوني، تحفة المسؤول ٢٣١/٤.

[٣] الرهوني، تحفة المسؤول ٢٣١/٤.

وذهب القاضي عبد الوهاب إلى أنه الصحيح الذي يقتضيه مذهب مالك[١] واستظهر الباجيّ أنه مذهب مالك، قال: «الظاهر من مذهب مالك رحمه الله أنه لا حجّة فيه»[٢].

القول الثاني: قول الصحابيّ حجّة شرعية مُطلقا؛ عزاه ابن أبي زيد القيرواني لمالك، قال: «ليس لأحد أن يُحدِث قولا لم يسبقه به سلف، وإنه إذا ثبت عن صاحب قول لا يحفظ عن غيره من الصَّحابة خلاف له ولا وفاق-: أنه لا يسع خلافه»[٣]، وأضافه لمالك: الرهوني[٤]، والقرافي؛ قال: «مذهب مالك وجماعة من العلماء أنّ قول كلّ صحابي وحده حجة»[٥]، وقال:«قول الصحابي حجة عند مالك مطلقا»[٦] وتبعه ابنُ جُزَيّ، وشهَّره العلويّ[٧].

القول الثالث: يُعدُّ قولُ الصحابيّ حجة إذا كان لا يقتضيه القياس؛ عزاه لمالك القاضي أبوبكر بن العربيّ، قال –رحمه الله- : «الصاحب إذا قال قولا لا يقتضيه القياس -فإنّه محمول على المسند على إلى النبي ﷺ، ومذهب مالك ﷺ فيها أنه كالمسند»[٨].

وأضاف محمد الطاهر بن عاشور لمالك مذهبا قريبا من هذا النقل، قال: «والذي يتخلص لي من مذهب مالك رحمه الله أنَّه لا يرى قولَ الصَّحابيّ حجَّة إلاّ فيها لا يُقال من قِبَل الرّأي؛ لما تقرَّر أنّ له حكمَ الرفع؛ ولهذا كان اشتراط مخالفته للقياس قريبا من هذا»[٩].

وإذا ثبت هذا؛ **فقول الصحابي** الذي لا يُعلَمُ له مخالف من الصَّحابة يُسلك في نظام الأصول النَّقليَّة؛ لتغليب كون ما قاله إنَّما كان على أساس توقيف عَلِمَه عن رسول الله ﷺ ولعدم جواز الخروج عن الأقوال المأثورة إلى إحداث قول جديد بالاجتهاد؛ على ما هو مذهب

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٣٥٩/٤.

[٢] الباجي، إحكام الفصول ف ٤٤٦، المنهاج في ترتيب الحجاج ١٤٣- ١٤٤.

[٣] ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ٥/١.

[٤] الرهوني، تحفة المسؤول ٢٣٥/٤.

[٥] القرافي، نفائس الأصول ٢٨٤٢/٦.

[٦] القرافي، شرح التنقيح ٣٥٠.

[٧] ابن جزي، تقريب الوصول، ٣٤١- ٣٤٢، العلويّ، نشر البنود ٢٥٨/٢.

[٨] ابن العربي، ، القبس ٢٠٧/١.

[٩] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢١٩/٢.

مالك[1]. ويتّجه عدُّ قولِ الصَّحابيّ في الأصول النَّقليَّةِ أكثر على القول بأنَّه حجَّة إذا كان من قبيل ما لا يُقال بالرَّأي.

عمل أهل المدينة:

أمَّا **عمل أهل لمدينة** فإنَّ جماهير المالكيَّة من المتقدّمين والمتأخِّرين على أنَّ العمل المدنيَّ الذي اعتمَدَه مالك واحتجَّ به هو العمل النَّقليّ المأثور؛ أمَّا العمل المدنيّ الذي يستند إلى النَّظر والاجتهاد فلا يُعدّ حجَّة عند جمهورهم.

والعمل النَّقليُّ هو العمل من طريق النَّقل والحكاية الذي تُؤثره الكافَّة عن الكافَّة، وعملت به عملا لا يَخفي، ونقلَه الجمهور عن الجهور عن زمن النبي ﷺ[2].

و لم يختلف قول مالك وأصحابه في أنَّ عمل أهل المدينة فيما كان من قبيل النَّقل حجَّة يجب الأخذ به:

قال ابنُ القصار: «مذهب مالك رحمه الله العملُ على إجماع أهل المدينة فيما طريقه التوقيف من الرسول ﷺ، أو أن يكون الغالب منه عن توقيف منه عليه الصلاة والسَّلام»[3].

وقال القاضي عبد الوهاب في "الملخص": «وهذا النوع من إجماعهم حجة يلزم عندنا المصير إليه، وترك الأخبار والمقاييس له، لا اختلاف بين أصحابه فيه»[4].

أمَّا عملُ أهل المدينة فيما كان من قبيل الاستدلال والاجتهاد فليس بحجَّة عند جماهير المالكيَّة، ولا خصوصيَّة لأهل المدينة على غيرهم في هذا؛ وعلى نسبة هذا النَّقل لمالك جمهرةُ من محقِّقي المذهب وأئمَّته، وخاصَّة أقطاب المدرسة العراقيَّة. فممَّن أُثر عنه إضافة هذا القول لمالك: ابنُ بكير وأبو يعقوب الرازي وأبو الحسن بن المنتاب وأبو العباس الطَّيالسي وأبو الفرج والقاضي أبو بكر الأبهري وأبو تمام[5] وأبو الحسن بن القصار[6] والقاضي أبو بكر

---

[1] ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ١/٥.

[2] - عياض، ترتيب المدارك» ١/٦٨، القرافي، نفائس الأصول ٦/٢٨٢٤، عبد الوهاب، المعونة ٢/٦٠٧.

[3] ابن القصار، المقدمة ٧٥.

[4] القرافي، نفائس الأصول» ٦/٢٨٢٤، عياض، ترتيب المدارك ١/٦٩، الزركشي، البحر المحيط» ٣/٥٣٠.

[5] عياض، ترتيب المدارك ١/٧٠، القرافي، نفائس الأصول ٢/٢٨٢٤، عبد الوهاب، المعونة ٢/٦٠٨.

[6] ابن القصار، المقدمة ٧٥- ٧٦.

الباقلاني[١]والقاضي عبد الوهاب بن نصر[٢] والباجي[٣] والأستاذ أبو بكر الطرطوشي[٤] وعياض وابن الفخار[٥] والرّهوني وحلولو وابن عاشور[٦].

الفقرة الثّانية: بيان الأصول الاجتهاديَّة للمذهب المالكيِّ:

أمَّا الأصول الاجتهاديَّةُ فهي في المذهب المالكيّ مُتمثّلة في: القياس والمصالح المرسلة والاستحسان وسدِّ الذَّرائع ومراعاة الخلاف والاستصحاب. وهذه الأدلَّةُ هي محلُّ البحث في هذه الدِّراسة؛ غيرَ أنِّي سأُهمل بحثَ أصل القياس للأمُور التَّالية:

أوَّلا: القياس يُعدُّ من الأصول الإجماعيَّة التي لا اختصاصَ لمذهب معيَّن به؛ ومَنْ خالَف في الاحتجاج به من الظاهريَّة فلا اعتداد به في المخالفة؛ لأنَّ أصل التَّعليل الذي يقوم عليه القياس معلومٌ من شريعة الإسلام على وجه القطع.

ثانيا: القياس من الأصول التي اعتنى بها العلماء اعتناءً مُنقَطِع النَّظير؛ فمبحث القياس في كتب الأصول يُعدُّ من أكبر المباحث التي تناولها الأصوليُّون وحرَّروها التَّحريرَ القويم.

ثالثا: أنَّ الأصول المصلحيَّة عند المالكيَّة لها أكبرُ أثر في تفريعات المذهب من القياس؛ قال أبو زهرة: «المذهب المالكيّ... لم يكُن الاعتمادُ فيه أو في أكثره على القياس، بل كانت المصالحُ هي الغالبة، سواء أجاءت في الشَّكل المناسب الذي يَشْهَدُ له الدَّليل من الشَّرع، أم جاءت مصلحة مرسلة...وسواء جاءت تلك المصلحةُ أصلا قائما بذاته لا يوجد ما يُخالفه، أم جاءت مخالفةً لأصل ثابت؛ فسُميت استحسانا. فإنَّ الاعتماد على المصالح أو كثرته جَعَلَ القياس لا يَظهَرُ كَثيراً...»[٧].

---

[١] عياض، ترتيب المدارك ١/٧٠، القرافي، نفائس الأصول ٦/٢٤٢٤.

[٢] ابن رشيق، لباب المحصول ١/٤٠٥-٤٠٦.

[٣] الباجي، إحكام الفصول ١/ ف ٥١١، الإشارة ٢٨١.

[٤] ابن رشيق، لباب المحصول ١/٤٠٥.

[٥] عياض، ترتيب المدارك ١/٧٠، ابن بشكوال، الانتصار لأهل المدينة، نقلا عن ملاحق «مقدمة» ابن القصار ٢٢٣-٢٢٥.

[٦] الرهوني، تحفة المسؤول ٢/٢٥١، حلولو، التوضيح ٢٨٤، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ١/١٠٩-١١٠، النظر الفسيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح ٣٦٩.

[٧] أبو زهرة، مالك ٣٤٨.

أمَّا **العُرفُ** فقد عدَّه الشَّيخُ المشَّاطُ من جملة الأصول التَّشريعية في المذهب؛ بينما نَجدُ غالبَ مَنْ أحصى أُصولَ مالكٍ وعدَّدَها لم يجعَلْ العُرفَ أصلا تشريعيّا. والذي يظهر لي والله أعلم أنَّ اعتبار العُرْفِ كأصل تشريعيٍّ ليس سَديداً في النَّظر، ولا قوِيّا في الاعتبار؛ وبيانُ ذلك: أنَّ العرف يُقسِّمه العلماء إلى قسمين: الأوَّل العرف التَّشريعيّ، والثَّاني العرف البيانيّ[1]:

أمَّا العرف التَّشريعي الذي ادّعي بأنه مُدرك في شَرْع الأحكام-: فليس هو المدركَ الحقيقيّ[2]؛ بل هو الأصول الشّرعية المصلحيَّة التي تشهد لهذا العرف بالاعتبار؛ فالعرف المعتبر في التَّشريع إنَّما هو العرف الذي يرتكز على المصلحة التي شهدت لها قواعد الشَّرع بالاعتبار؛ كأصل رفع الحرج وأصل نفي الضَّرر وأصل التَّوسعة العامَّة، فليس كلّ عُرْف يُعتدُّ به؛ وإلاَّ كان ذلك خُروجا إلى أنْ تُجعَلَ عاداتُ النَّاس وأعرافهم الصِّرفة مَصدرا للتَّشريع؛ وذلك باطل لأنَّ من شرط اعتبار الدَّليل دليلا تشريعيّا رجوعَه إلى الشَّرع وصدوره عنه.

وارتباط العرف بالمصلحة كان من جهة أنَّ النَّاس إنَّما يتعارفون فيما بينهم على ما يعُود عليهم بالصَّلاح في معاملاتهم وتصرّفاتهم؛ وعليه فإنَّ العرف في الحقيقة يُعدُّ كاشفا لكون المصلحةِ مصلحةً حاجيَّة عامَّة، إذ جريان العُرف بمصلحة معتبرة يدلّ على أنَّ بالناس حاجةً إليها؛ فيثبت بذلك وصف "الحاجية" ووصفُ "العموميَّة" في المصلحة.

قال الشَّيخ محمَّد الخضر حسين: «وسمى بعضُ الفقهاء العرف دليلا شرعيا، والدَّليل الشَّرعي هو نصّ الشَّارع على الحكم، وليس العرف نصّا للشارع، ولكن سماه بعض الفقهاء دليلا نظرا إلى جريانه بالمصلحة، وجريانُه بالمصلحة دليلٌ على إذن الشّارع فيه»[3].

وعليه؛ فإنَّ ما يُعرَف بالعُرف التَّشريعيِّ هو آيلٌ إلى المصلحة المرسلة التي سيتناولها البحث إنْ شاء الله.

أمَّا العرفُ البيانيّ وهو غالب ما يتناوله العلماء في بحثهم للعرف؛ فليس من مصادر التَّشريع البتَّة؛ لأنَّ العُرف البيانيّ هو العرف التَّفسيريُّ لتصرُّفات المكلَّفين وأقوالهم تقييدا وتخصيصا وتوضيحا؛ ولا تعلُّق لذلك بالتَّشريع[4].

---

[1] الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٥٤.

[2] المصدر السابق ٤٥٣-٤٥٥.

[3] محمد الخضر الحسين، دراسات في الشريعة الإسلامية ٣٥.

[4] عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ١٤٩.

المطلب الثالث: خصائصُ أصول المذهب المالكي

وبعدَ أن استبانت أصول المذهب المالكيّ النَّقلية منها والاجتهاديَّة تأتي الدِّراسة على بيان خصائص أصول المذهب الظَّاهرة، ومميِّزاتها اللاّئحة؛ وأبرزُ هذه الخصائص خمسةٌ سأتناولها بالتَّجلية والبيان في الفروع التَّالية:

الفرع الأوّل: كثرة أصول المالكيَّة:

من أهمّ الخصائص التي تَستَرْعي انتباه نَظَر النَّاظر أنَّ المذهب المالكيّ هو أكثر المذاهب المتَّبعة أصولا وأوفرُها أدلَّة؛ وسواء في ذلك الأدلَّة النَّقليَّة والأدلَّة الاجتهاديَّة، فقد تمسَّك المالكيَّة بأصول لم يقُل بها غيرُهم؛ وقرَّروا أصولا نفاها غيرُهم تأصيلا وعملوا بها تفريعا؛ قال أبو زهرة في التَّنويه بكثرة أصول المالكيَّة: «..فإنَّه أكثر المذاهب أصولا، حتَّى إنَّ علماء من المذهب المالكيّ يُحاولِون الدِّفاع عن هذه الكثرة، ويدَّعون على المذاهب الأخرى أنَّها تأخُذ بمثل ما يأخذ به من أصول عَدَدا؛ ولكن لا تُسمّيها بأسمائها؛ ولا نُريد الخوض في ذلك؛ بل إنَّا نقول إنَّ الأمر لا يحتاج إلى دفاع؛ لأنَّ تلك الكثرة حسنةٌ من حسنات المذهب المالكيِّ، يجب أنْ يُفاخِرَ بها المالكيّون، لا أنْ يُحمِّلوا أنفسَهم مؤونة الدِّفاع...»[1].

وهذه الكثرة في أصول الأدلَّة كان لها بالغُ الأثر في التَّفريع الفقهيّ والتَّخريج المذهبي؛ ذلك أنَّ تنوُّع أصول الاحتجاج واختلاف أدلَّة الاستنباط مما يمنح للمجتهد أنْ يكون في فتواه أقربَ إلى الصَّلاح وأدنى إلى تحقيق العدل[2]؛ قال أبو زهرة: «فكانت كثرة الأدلَّة ...من شأنها أن تعلو بذلك المذهب لا أن تخفضه، ومن شأنها أن تجعلة مرِنا في التَّطبيق؛ فلا تضيقه»[3].

الفرع الثّاني: انفرادُ المالكيَّة ببعض الأصول، واحتفاؤهم بأصول أخرى بكثرة الاعتماد عليها:

ومن أسباب كثرة أصول المالكيَّة أنّ مذهب مالك تَفَرَّدَ ببعض الأصول تفرّداً كاملا، بحيث لم يشركه فيها غيرُه من المذاهب، واختصَّ –كذلك- ببعض الأصول لكثرةِ اعتنائه بها وتفريعِه

---

[1] أبو زهرة، مالك ص/٣٥٨.

[2] المصدر السابق.

[3] المصدر السابق.

على مُقتضاها، مع مُشاركة غيرِه من العلماء في القول بها، حتّى إنّ جمهرة من العلماء عَزَوْا تفرّدَ مذهب مالكٍ بها، ومخالفتَه لسائر أهل العلم —كما سيأتي بيانُه-.

وأهمُّ الأصول التي عُدّت مِنْ مميِّزات مذهب مالكٍ: عملُ أهل المدينة، والمصلحةُ المُرسَلَة، وسدُّ الذَّرائع، ومُراعاة الخِلاف.

أما عمل أهل المدينة فهو من أهمِّ الأصول النقلية التي تفرَّد بها المالكيَّة دون سائر فُقهاء الأمصار، حيث رأى مالكٌ أنّ العمل إذا كان ظاهرا بمدينة النبيّ ﷺ فهو حُجَّة يجب الأخذُ به، ولا يسَعُ أحداً مُخالفته إلى غيره -كما تقدَّم-.

وبلغ مالكٌ في اعتبار العمل المدنيِّ إلى أنْ رَدَّ الأخبار الآحادَ التي تُعارِض هذا العمل؛ لأنّ العمل عنده من قَبيل النَّقل المتواتر، وما كان مُتوترا لا يُعارَض بنقل الآحاد؛ لاحتمال تطرُّق الوهم والغلط إلى ناقليه، واحتمالِ أن يكون ذلك الخبرُ ممَّا نُسخ حكمُه؛ قال مالك: « العمل أثبتُ من الأحاديث»[١].

أما باقي الأدلَّة فقد اختُلف في تفرُّد المالكيَّة بها؛ ؛ وستأتي الإبانة عن ذلك في الدِّراسة؛ إن شاء الله. غيرَ أنَّ الذي يُقدَّم في هذا الموضع أن غالب تلك الأدلة مما لم يتفرد بها المالكيَّة بل شَرِكَهم فيها بعض المذاهب؛ إلا أن لمذهب مالك مزيدَ اعتناءٍ بهذه الأصول، وذلك بكثرة الاستناد إليها في تفريعاتهم ومسائل اجتهادهم، وكانت المالكيَّة أجسر المذاهب على الإفصاح عنْ هذه الأصول والبَوْحِ بها وبيانها والاحتجاج لها، حتّى عَدَّها مَنْ عَدَّها مِنْ مُفرَدات أصول المذهب المالكي التي تميّز بها.

الفرع الثّالث: علاقة أُصولِ مالكٍ بأُصول أهلِ المدينة:

من مَنهَج مالكِ -رحمه الله- الذي تواتر عنه واشتهر به؛ اتِّباعُه لِمَنْ سَبَقَه مِنْ أهل العلم، واقتداؤُه بأهل الفَضْل منهم، والسَّيْرُ على وَفق ما ساروا عليه، وقَفْوُ آثارهم فيما تقدّموه إليه؛ وأهلُ القُدوة عند مالكٍ هم عُلماء المدينة النَّبويَّة، التي كانت مُهاجَرَ النَّبيِّ ﷺ ومستقرَّه، وبها حطَّ التَّنــزيلُ واستقرَّت الأحكام، وكان فيها خيرةُ الأمّة وصفوتُها، ثُمَّ خلفهم التابعون مِنْ خير

[١] ابن أبي زيد، الجامع في السنن والآداب والحكم، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٠م، ١٥٠.

القرون الفاضلة، وكانوا على سبيل مَن سبقهم سائرين، وبسننهم مُستمسكين؛ ولم تكُن هذه الخصيصة لغيرِ مدينة النَّبيِّ ﷺ.

ومنهجُ مالك هذا اقتضاه أنْ يجريَ على أُصول مَن سبقه من أهل العلم بالمدينة النَّبويَّة؛ لا تقليداً ومُسايرةً بلا حُجَّة له في ذلك، وإنّما هو الاتِّباعُ المؤسَّس على واضِح الدَّليل ومَتين البُرهان. فمالكٌ -رحمه الله- وارثُ علم أهل المدينة، والنَّاصِرُ لمذاهبهم، والنَّاشِرُ لعِلمهم وفِقههم، ومَنْ تأمَّل الفِقه المدنيَّ المأثورَ قَبْلَ مالكٍ وقارنه بفقه مالكٍ وَجَدَ أنّ الفقهيْنِ ينهلان مِن مَنهَل مُشترك، ويصدُران عن منطق اجتهاديٍّ مُتشابه، فمذهبُ مالكٍ -رحمه الله- ما هو إلاّ استمرارٌ لمذهبِ أهل المدينة؛ مع توسّع كبيرٍ في التَّفريع، ووُضوح في مناهج الاستدلالِ ودَلائلِ الاحتجاج[١].

وقال اليافِعيُّ: «...مذهبُ أهلِ المدينة نُسِبَ إلى مالكِ بنِ أنسٍ ﷺ، ومَنْ كان على مذهب أهل المدينة يُقال له مالكيٌّ؛ ومالكٌ إنَّما جَرَى على سَنَنِ مَنْ كان قبله، وكان كثيرَ الاتِّباع؛ إلاَّ أنَّه زاد المذهب بياناً وبَسْطاً وحُجَّةً وشرحاً، وألَّف كتابَه "الموطأ". وأمَّا ما أُخِذَ عنه من الأسمعة والفتاوي؛ فنُسب إليه لكثرة بَسْطِه وكلامِه فيه...»[٢].

فلم يكُنْ مالكٌ -مثلا- في القول بعمل أهل المدينة أبا عُذْرِها؛ وإنَّما سُبِقَ إلى ذلك مِنْ أئمَّة المدينة مِن شُيوخِه وأشياخِهِم.

قال ربيعةُ الرَّأي -وهو مِن شيوخ مالِك-: « أَلْفٌ عن أَلْفٍ أحبُّ إليَّ مِنْ واحِدٍ عن واحِدٍ؛ لأنَّ واحداً ينتزِعُ السُّنَّةَ مِنْ أيديكم»[٣].

قال مالكٌ: «والعملُ أثبتُ من الأحاديث، قال مَنْ أقتدي به: "إنّه ضعيفٌ أنْ يُقال في مثل هذا: حدَّثني فلان عن فلان". وكان رِجالٌ من التَّابعين يبلغُهم عن غيرِهم الأحاديثُ؛ فيقولون: ما نجهَلُ هذا؛ ولكنْ مَضَى العملُ على غيره»، وقال مالك: «وكان محمَّدُ بنُ أبي بكر بنِ حَزْم رُبَمَا قال له أخوه: لِمَ لَمْ تَقْضِ بحديث كذا؟ فيقول: لم أجِدْ النَّاسَ عليه»[٤].

---

[١] وللريسوني بحث جيّد في علاقة مذهب مالك بمذهب أهل المدينة، الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الكلمة، مصر، ط١، ١٤١٨هـ ٥٠- ٥٤.

[٢] اليافعي، مرآة الجنان ٢/٢٢٧.

[٣] عياض، ترتيب المدارك ١/٦٦.

[٤] ابن أبي زيد، الجامع ١٥٠، عياض، ترتيب المدارك ١/٦٦.

وقال رجلٌ لأبي بكر بنِ عمر بن حزم في أمر: والله ما أدري كيف أصنع في كذا؟ فقال أبو بكر: يا ابن أخي، إذا وجدت أهل هذا البلد قد أجمعوا على شيء فلا يكن في قلبك منه شيء[١].

وأبو بكر بن حزم هذا هو أحد الفُقهاء السَّبعة الذين يَرَى مالك لهم التَّقديم والتَّبريز في العِلْم.

الفرع الرابع: الجَمْعُ بين أُصول أهلِ الرّأي وأصولِ أهلِ الحديث:

ومِنْ أجلّ خصائص أُصول مذهب مالكٍ أنَّها جمعت بين أُصول مدرسة أهل الأثر وأُصول مدرسة أهل الرَّأي؛ فمنــــزلة الأثر عند مالك وأتباعه بالمحل الأعلى، فمالِكٌ إمام أهل الحجاز التي كانت موطن أهل الحديث ومُتبوَّأهم، وموطَّؤه كتابُ أثَر وحديث، فالأثرُ مُعتمدُه والحديث مُستندُه؛ وأمّا الرّأي فقد ضرب فيه مالك بحظٍّ وافِرٍ، وأُصوله شاهدةٌ على ذلك، فإنَّه-رحمه الله- لم يكتف في الرَّأي بالقياس، بل إنَّه جاوزه ليشملَ الاستحسانَ والمصالحَ المرسلة وسدَّ الذَّرائع، وكلُّ هذه الأُصول عنده من الاجتهاد بالرَّأي، وقد استرسل مالكٌ في الأخذ بها استرسال الفَهِم بمقاصد الشَّارع والعليم بمراميه، وإنّ النَّاظر في ذلك ليكاد يُصنِّفُ مالكاً في سِلْكِ مُجتهدي أهل الرَّأي، كما صَنَع ابنُ قُتَيْبَةَ في كتاب "المعارف"[٢].

الفرع الخامس: مركزية المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي:

والغُرَّةُ اللاَّئحَةُ في الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ مركزيَّةُ المصلحة فيها؛ فغالبُ الأصول الاجتهادية من قياس ومصلحة مرسلة واستحسان وسدّ للذَّرائع ومراعاة للخلاف هي حائمةٌ حول المصلحة وصادرةٌ في منطقها عنها؛ قال أبو زهرة في بيان هذه الخصيصة: «إنَّ أصل المصالح الذي أَخَذَ به مالك وسيطرَ على أكثر فقه الرَّأي عنده، حتَّى أصبح ذلك الأصل عُنوانَه، وميسَمَه الذي اتَّسَم به...وإنَّك لو فَتَّشتَ في فروع ذلك المذهب..لوَجَدت أنَّ المصلحة كانت هي الحَكَمَ المرْضِيَّ الحُكومَةِ في كلِّ هذه الفروع؛ سواء أَلَبِسَت المصلحةُ لَبوسَ القياس وحملت اسمَه، أم ظَهرَت في ثوب الاستحسان وحملت عُنوانَه، أم كانت مصلحةً مُرسلةً لا تحمِلُ غير اسمها، ولا تأخذ غير عُنوانها...»[٣].

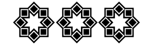
---

[١] عياض، ترتيب المدارك ٦٢/١.

[٢] ابن قتيبة، المعارف»، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـــ، ١٧٩، أبو زهرة، مالك ٦-٧.

[٣] أبو زهرة، مالك ص/٣٥٩.

وهذا القاضي عياضٌ لَمَّا جاء إلى ترجيح مذهب مالك على سائر المذاهب عدَّ البُعدَ المصلحيّ من أجل الاعتبارات التي يُستَنَدُ إليها في ذلك؛ قال رحمه الله: «الاعتبار الثَّالث: يحتاج إلى تأمُّل شَديد، وقلبٍ سليم من التَّعصب سَديد؛ وهو الالتفاتُ إلى قواعد الشَّريعة ومجامِعِها، وفهمِ الحكمة المقصودة بها من شارعها...» [١].



[١] عياض، ترتيب المدارك ٩٦/١.

المصالح المرسلة في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ هي:

المبحث الأول: المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون.

المبحث الثاني: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله.

المبحث الثالث: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتُها بالنّصوص الشَّرعيَّة وبالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المبحث الرابع: الشَّواهد التَّطبيقية للمصالح المرسلة في المذهب المالكي.

المبحث الأول:

المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون

المصالحُ المُرسلة مُصطلح أطلقه العُلماءُ على نوع من الأدلَّة التَّشريعيَّةِ الاجتهاديَّة، وللوُقوف على حقيقة مفهومِ هذا الدَّليل كان من اللاَّزم أنْ نطَّلع على مفهوم هذا التَّركيبِ الوصفيِّ المُؤسَّس على كلمتين: **"المصالح"** و**"المرسلة"**، وعليه فإنِّي سأطرَقُ بالبحث والنَّظر كُلاًّ من الكلمتين لأَخلُصَ في الأخير إلى تحديد معنى هذا التَّركيب الوصفيِّ.

وسأبحث في تضاعيف ذلك أنواع المصالح وأقسامها لأن حقيقة المصالح المرسلة متوقفة على معرفة قسيماتها من المصالح؛ ثمَّ أُقفِّي على ذلك باستعراض بعض المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة وبعض الألفاظ ذات الصِّلة بها؛ وعليه فإنَّ هذا المبحث ينتظم في طيَّاته أربعةَ مطالبَ هي على النَّحو الآتي:

تمهيد: عناية التَّشريع الإسلاميِّ برعاية المصلحة.

المطلب الأوَّل: المصلحة: حقيقتها، أقسامها وأنواعها.

المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحا في المذهب المالكي.

المطلب الثَّالث: المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألفاظ ذات الصِّلة بها.

المطلب الرَّابع: مذاهب العلماء في المصالح المرسلة.

تمهيد: عناية التَّشريع الإسلاميِّ برعاية المصلحة:

أنـــزلَ الله تعالى شريعتَه الخالدةَ العامَّة على البشر كافّة؛ فكانت قائمةً بنُظم الحياة بجميع شعابها، وباسطةً لأحكامها على مُختلف جَنَباتها ومَناحيها؛ ومن رحمة الله بهذه الأمّة أنْ جَعَلَ هذه الشّريعة مُرتكزَةً على رَعْيِ المصالح ومبنيّة في أحكامها على اعتبارِها والنّظر إليها ولحظِها؛ فكانت هذه الشّريعةُ شريعةً معقولة بحيثُ لا تَندُّ أحكامُها عن تعقّل الحُكماء، ولا يعزُبُ تفهُّمُها عن أُولي الألباب؛ وكانت المعقوليّةُ التي انبنت عليها الشّريعةُ في عموم أحكامِها كافِلَةً لصلاحيّة تطبيقها على مُختلف الأُمم والشّعوب التي تتباين في أعرافها وطبائعها، وهي في الصّلاحيّة مُمتدّة في الزّمان؛ فلا يَعتاصُ زمنٌ عن أنْ يكون مِطواعاً لهذه الشّريعة في التّطبيق والتّنفيذ بكلّ سماحة، وبدون حرج أو مشقة.

كما أنّ معقوليّة التّشريع تكفُل القَبول لدى الخلق لهذه الشّريعة وتستجلب الطَواعيَةَ لها؛ رحمةً منه تعالى وحكمةً من لدُنْه سُبحانه؛ قال المَقَّرِيُّ: «قاعدة: الأصلُ في الأحكام المعقوليّةُ لا التّعبّدُ؛ **لأنّه أقربُ إلى القبول، وأبعدُ عن الحرج..**»[١].

وقد ثَبتت معقوليّةُ الشّريعة وتعليلُها بمصالح العِباد في العاجل والآجل بالاستقراء المُفيد للقطع؛ وخلافُ الظّاهرية في ذلك مُطَّرَحٌ منبوذ لمخالفته الإجماعَ من علماء الأمَّة قاطبة؛ قال أبو إسحاق الشَّاطبيُّ: «وضعُ الشّرائع إنّما هو لمصالح العِباد في العاجل والآجِل معاً...والمعتمدُ إنَّما هو أنّا استقرينا من الشّريعة أنّها وُضِعَتْ لمصالح العِباد استقراءً لا يُنازع فيه...»[٢].

وقال القاضي ابنُ العربيّ في معرض تناوله للمصالح: «وقد اتّفقت الأُمّة على اعتبارها في الجُملة، ولأجلها وَضَعَ الله الحدودَ والزّواجر في الأرض استصلاحا للخلق؛ حتى تعدّى ذلك للبهائم فتُضربُ البهيمة استصلاحا وإن لم تكلّف؛ سببا إلى تحصيل قصد المكلف...»[٣].

وفي هذا السياق يقول الطوفي الحنبلي: «أجمع العلماء إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد، وأشدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة؛ وفي الحقيقة لم يختص بها، بل الجميع قائلون بها غير أنه قال بها أكثر منهم»[١].

---

[١] المقري، القواعد رقم ٧٣.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٢/٦.

[٣] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٨٠١-٨٠٢.

المطلب الأوّل: المصلحة: حقيقتها، أقسامها وأنواعها:

الفرع الأول: المصلحة حقيقتها لغة واصطلاحا:

أوّلا: تعريف المصلحة لغة:

المَصْلَحة: بمعنى الصَّلاحُ؛ وهي واحدة المصالح[٢].

يقال: رأى الإمامُ المَصْلَحَة في كذا؛ أَي: الصَّلاَح؛ ونَظَر في مَصَالِح النّاسِ[٣].

والصَّلاح: ضدّ الفساد ونقيضه[٤]؛ يقال: صَلَح يَصْلَحُ ويَصْلُح صَلاحاً وصُلُوحاً[٥]؛ وصَلَحَ كَمنَعَ هي أَفْصَحُ، لأَنّها على القِيَاس[٦].

وكلمة المصلحة تدُلُّ على أنَّها تتضمَّنُ صلاحا قويّا؛ ذلك أنَّها اشتُقَّت على صيغة "مَفْعَلَة" الدَّالة على اسم المكان الذي يكثُر فيه ما منه الاشتقاقُ، والمكانُ هنا مجازيّ، ونُـــزِّلَت القُوَّةُ منـــزلةَ الكثرةِ مجازاً، والعلاقةُ اللُّزومُ العُرفيُّ بين الكثرة والقُوَّة؛ كقول العرب: "إنَّما العِزَّة للكاثِر"، وبتنـــزيل مقارن المعنى منـــزلةَ الحالِّ فيه؛ للمُشابهة مجازاً، فاجتمع في لفظة "**المصلحة**" مجازٌ مُرسلٌ واستِعارَة، ثمَّ صارت حقيقةً عُرفية؛ ومثلُها في ذلك "مظِنَّة" لكنَّها بالكَسْر على خِلاف القياس[٧].

والاسْتِصْلاح: نقيضُ الاستفساد، واسْتَصْلَح: نَقيضُ اسْتَفْسَدَ[٨]؛ والاستصلاحُ هو طلب الصلاح.

ثانيا: تعريف المصلحة اصطلاحا:

---

[١] الطوفي، التعيين شرح الأربعين ٢٤٣-٢٤٤.

[٢] ابن منظور، لسان العرب ٥١٧/٢، الزبيدي، تاج العروس ٥٤٩/٦.

[٣] الزبيدي، تاج العروس ٥٤٩/٦.

[٤] ابن منظور، لسان العرب ٥١٦/٢، الزبيدي، تاج العروس ٥٤٧/٦.

[٥] ابن منظور، لسان العرب ٥١٦/٢، الزبيدي، تاج العروس ٥٤٨/٦.

[٦] الزبيدي، تاج العروس ٥٤٨/٦.

[٧] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢٢١/٢، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

[٨] ابن منظور، لسان العرب ٥١٧/٢، الزبيدي، تاج العروس ٥٥٠/٦.

تعريفُ المصلحة ممَّا تنوَّعت فيه تعريفاتُ العلماء واختلفت؛ وهي في عمومها دائرةٌ في فَلَك واحد ومُحوِّمةٌ على غَرَض مُشترك؛ وهذه التَّعريفاتُ في غالبها لا تخرُج عن الإطار اللُّغويِّ للفظة المصلحة الذي يُفيدُ حُسنَ الحال.

التعريف الأول:

عرَّفها الإيجي في المواقف بأنها: «**ملاءمة الطبع**»[١].

ويُلحظ على تعريف العَضُد أنَّه تعريف فضفاضٌ ليس بمنضط البتَّةَ؛ إذ مُلاءمة الطَّبع من الأُمور التي لا يُمكن أن تدخل تحتَ جَناح الانضباط وعدمِ التَّفلُّت؛ وعليه فإنَّ في هذا التَّعريف بعضَ التَّجوُّز وكثيراً من التَّعميم وعدمِ الانضباط. غيرَ أنَّه ممَّا يُستحسن في هذا التَّقريب لمفهوم المصلحة أنَّها أمرٌ تُسايرُ الطَّبعَ وتُساوقُه بالمُلاءمة وعدمِ المنافرة؛ ولا شكَّ في أنَّ الطَّبع المراد هو الطَّبع السَّويُّ؛ إذ لا اعتبارَ بمن فسُد طبعُه أو استحال، أو بعبارة أدلّ: إنّ مُلاءمة الطّبع هي التي تكون عند سويّ الفطرةِ وسليمِها؛ فالفطرةُ أساسٌ قويمٌ في اعتبار المصلحةِ أو عدمِ اعتبارها.

التَّعريف الثاني:

وقد عرَّف الرهوني[٢] وعضدُ الدّين الإيجيُّ في شرح مختصر ابن الحاجب الأصليّ وغيرُهما[٣] المصلحةَ بأنَّها: «**اللَّذةُ ووسيلتُها**».

وهذا التّعريف يشتمل على إفادة أنَّ المصلحة لها مساقان ورافِدان: الأوّل: اللَّذة في حدِّ ذاتها، والثّاني: الوسائلُ المُوصِلة إليها فإنَّها تُعدُّ مصالحَ؛ إذ الوسائل لها حكم ما تُوصِل إليه، فوسيلةُ المصلحة مصلحةٌ ووسيلةُ المفسدة مفسدةٌ.

غيرَ أنّ تعريف المصلحة باللّذة ممّا يعتورُه بعضُ اللَّبس وعدمِ التَّحقيق؛ لأنَّ اللَّذة من الأُمور الشُّعوريَّة التي لا ترجع إلى ما يضبطها بحيث لا تلتبس بغيرها من الحقائق.

التّعريف الثالث:

قال الغزالي في المستصفى: «أمَّا المصلحة فهي عبارةٌ في الأصل عن **جلب منفعة أو دفعِ مضرَّة**؛ ولسنا نعني به ذلك؛ فإنّ جلب المنفعة ودفعَ المضرَّة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨-٢٧٩.

[٢] الرهوني، تحفة المسؤول ٤/٩٧.

[٣] الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب ٣/٤١٤، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨-٢٧٩.

تحصيل مقاصدهم؛ لكنّا **نعني بالمصلحة المحافظةَ على مقصود الشّرع**، ومقصودُ الشّرع من الخلق خمسةٌ: وهو أنْ يحفظ عليهم دينَهم ونفسَهم وعقلَهم ونَسلَهم ومالَهم؛ فكلُّ ما يتضمّن حفظَ هذه الأصولِ الخمسة فهو مصلحةٌ، وكلُّ ما يُفوِّتُ هذه الأصولَ فهو مفسدةٌ ودفعُها مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المخيل والمناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس»[١].

فالغزاليّ قرّر أوّلاً أنّ معنى المصلحة في الأصل هو جلبُ المنفعة أو دفعُ المضرّة؛ ثمّ أبان أنّ هذا غيرُ مُراد له، وإنّما يعني بالمصلحة ما جَرَت على وَفق مقصود الشّارع ومنهجِه في رَعي المصلحةِ واعتبارِها؛ وتعريفُ الغزاليّ للمصلحة إنّما هو تعريفٌ للمصلحة المعتبرة وهي أعمُّ من مُطلق المصلحة؛ بدليل أنّه قال بعد هذا مباشرة: «وإذا أطلقنا المعنى المُخيل والمُناسِب في باب القياس أردنا به هذا الجنسَ»[٢] فتعريفُ الغزاليّ إنّما كان للمصلحة المعتدِّ بها، ولم يكُن في صدد بيانِ ماهية المصلحة كمصلحة؛ والتَّعريف الأوّل الذي أورده يُعد صالحا لتعريف ماهية المصلحة وحقيقتها؛ أعني قوله: «المصلحة فهي عبارةٌ في الأصل عن **جلب منفعة أو دفعِ مضرَّة**»[٣].

التّعريف الرّابع:

وقع للشّاطبيّ في تضاعيف تناوُلِه للمصلحة في "الموافقات" بعضُ البيان لمفهوم المصلحة في مواضع من كتابه؛ وقد هذّب ابنُ عاشور كلامَ الشّاطبيّ من تلك المواضع وخلُص إلى تعريف حسن للمصلحة؛ قال ابنُ عاشور: «وعرّفها الشّاطبيُّ في مواضع من كتابه "عنوان التعريف" بما يتحصّل منه بعد تهذيبه أنّها:

ما يؤثر صَلاحاً أو منفعةً للنّاس عُموميّة أو خُصوصيَّة، ومُلاءمة قارَّة في النُّفوس في قِيام الحياة»[٤].

وهذا التّعريف جعل المصلحةَ بمعنى المنفعة، سواء أكانت المصلحةُ مُتعلّقة بعُموم النَّاس أو بخُصوصِهم فكلٌّ منهما مصلحةٌ في الاصطلاح. ثم إنَّه قرَّر كونَ هذه المصلحة مما لا تُنافِرُ النُّفوسَ بل يجب أن تكون منها على مُلاءمة ومُواتاة. وبعد ذلك قيَّد المصلحةَ بكونها مُختصّةً بقيام الحياة.

---

[١] الغزالي، المستصفى ١/٤١٦-٤١٧.

[٢] المصدر السابق ١/٤١٧.

[٣] المصدر السابق ١/٤١٧.

[٤] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨؛ وانظر الموافقات: ٢/٢٥، ٢/٣٧-٣٩.

وقال ابنُ عاشور مُعلّقا على هذا التّعريف: «وهو أقربُ التّعاريف السّابقة على تعريفنا؛ ولكنّه غيرُ منضبط»[1]. وعدمُ الانضباط هذا الذي أشار إليه الشّيخ رحمه الله قد يرجِع إلى أنَّ الأمر قد يكون فيه نفعٌ ولكن يُقابله ضررٌ أكبرُ منه، وهذا ليس من المصالح؛ غيرَ أنَّ هذا التّعريف ممّا يشمل هذه الصّورةَ؛ وهذا ما يُفسِّر تعقيبَ ابنِ عاشور؛ ولهذا نجد الشّيخَ لمّا جاء إلى تعريف المصلحة قال : «**وصفٌ للفعل يحصُل به الصّلاحُ، أي النّفع منه دائما أو غالبا...**» فجعل المصلحة ما كان فيها نفع دائم أو نفع راجح في غالب الأحوال؛ وليس بين تعريف ابن عاشور وبين ما هذّبه من تعريف الشّاطبيّ إلاّ هذا الملحظ.

تعريف الخامس:

قال ابن عاشور: «ويظهر لي أن نعرفها بأنها: **وصفٌ للفعل يحصُل به الصّلاح، أي النَّفع منه دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد**»[2].

فسَّر الشيخ في هذا التَّعريف المصلحة بأنّها النّفع، والنّفعُ والمنفعة هي أحقُّ ما فُسِّرت به المصلحةُ وأوفاها بمعناها وحقيقتِها.

ثمَّ جعل المصلحةَ نوعين: مصلحةً خالصة لا شَوبَ فيها لمفسدة في مُقابلها؛ ومصلحةً راجِحة على ما قارنها من مفسدة أو لحقَها؛ فقوله: "**دائما**" يشير إلى المصلحة الخالِصة والمطَّردة، وقوله: "**أو غالبا**" يُشير إلى المصلحة الرّاجحة في غالِب الأحوال[3]. واستكمالا لحقيقة المصلحة ومضمونها قرَّر أنّ المصلحة قد تتعلّق بالجمهور من النّاس فتكون عامّة، وقد تختصُّ بالآحاد فتكون خاصّة؛ وذلك قوله: "**للجمهور أو الآحاد**"[4].

والذي أخلص إليه بعد عرض تعاريف بعض العلماء للمصلحة أن المصلحة هي: «**وصفٌ للفعل يحصُل به النَّفع الملائم للفطرة: جلبا أو دفعا، دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد**»[5].

---

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

[2] المصدر السابق ٢٧٨.

[3] المصدر السابق ٢٧٨.

[4] المصدر السابق ٢٧٨.

[5] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.

وغيرُ خافٍ أنّ هذا التّعريف الذي اخترتُه هو تعريفُ ابنِ عاشور المتقدّم؛ مع زيادة في بيان جهة النفع الحاصل؛ فالنّفع لا يُقصَرُ فقط على جهة الجلب؛ بل إنّ النّفع كذلك ممّا يشمل دفعَ الضّرر؛ فمن دَفَعَ الضّررَ عن غيره وعن نفسه فهو نافع لغيره ولنفسه.

كما أنّي أضفتُ لتعريف ابن عاشور كون المنفعةِ المعتبرة هي المنفعةُ التي تُساوِق وتلائم الفِطَرَ السّليمة والنّحائزَ القويمة.

ثالثا: مرادفات المصلحة والألفاظ ذات الصِّلة بها:

يجري في إطلاقاتِ العلماء من المتقدّمين والمتأخّرين ألفاظٌ ذات صلةٍ بالمصلحة وسببٍ منها، وقد تتبّعتُ إطلاقاتِهم فتحصَّل لي من ذلك مايأتي:

أولا: المفسدة:

أوَّلُ المصطلحاتِ اللَّصيقة بالمصلحة لفظ "**المفسدة**"؛ وهي على الضِّدّ من المصلحة وفي المُقابلة منها؛ فعكسُ المصلحة مفسدةٌ، وضِدُّ المفسدةِ مصلحةٌ؛ وعليه فإنّ درء المفاسدِ وما يتعلَّقُ به هو من صميم المصلحة وفي الصلب منها. وفي هذا يقول الشيخ ابن عاشور رحمه الله: «مرجعُ **المُناسبة** للمصلحة والمفسدة، وذلك مرجع التّشريع، وما دفعُ المفسدة إلاّ مصلحةٌ، فمرجعُ الجميع المصلحةُ»[1].

وبناءً على ما تقدم من تعريف المصلحة يُمكن أن نستلّ منه تعريفا للمفسدة؛ فالمفسدة هي: «**وصفٌ للفعل يحصُل به الضّررُ المنافِرُ للفطرة: دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد**».

وعرّف ابنُ عاشور المفسدة بقوله: «المفسدةُ ما في وُجوده فسادٌ وضررٌ، وليس في تركه نفعٌ زائد على السّلامة من ضرَره»[2].

ثانيا: الخير والشر:

ليس بخاف أنّ مُصاصَ المصلحة ولُبَّها هو الخير، والمرءُ الذي يسعى إلى استجلاب الخير لنفسه أو لغيره هو ساعٍ في تحصيل مصلحتِه أو مصلحة غيره؛ لذا فإنّ النّاظر في كلام الأئمة

---

[1] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ١٦١/٢.

[2] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ١٩٢/١.

ليلحَظُ أنّهم يخلعون على معنى المصلحة في كثير من مقامات الخِطاب لفظةَ **"الخير"**، وفي المقابل ينعتون المفسدة بـــ**"الشر"**.

ومن مُثُل ذلك ما وَرَدَ في حديث حذيفة: «كان النّاس يسألون رسولَ الله ﷺ عن الخير، وكنتُ أسألُه عن الشّرِّ مخافةَ أنْ يُدرِكني»[1].

ومن هذا القَبيل ما جاء في قول أبي بكر لعُمرَ في جمع القرآنِ حيثُ قال: «هو والله خيرٌ»، أي جمعه في مصحف[2]؛ فجمع المصحف وإنْ لم يكُن قد فعله رسولُ الله ﷺ فإنّ فيه خيراً عظيما ومصلحةً جليلة في حفظه وصَونِه.

ثالثا: المنفعة:

عرَّف غيرُ واحدٍ من العُلماء كالغزاليّ وابن عاشور المصلحة بأنَّها النفع والمنفعة؛ وعلى هذا فإن المنفعة تعد من مرادفات المصلحة التي تحمل معناها.

رابعا: اللذة:

تقدم تعريف الرهوني والعضد الإيجي للمصلحة بأنها اللذة ووسيلتها.

خامسا: الضرر:

وتعلُّقُ الضّرر بالمصلحة كتعلّق المفسدةِ بالمصلحة؛ لأنّ حقيقة الضّرر هي المفسدة؛ لذلك عُرِّفت المفسدةُ بأنّها الضّرر؛ كما مرّ قريبا. لكنّ صِلة الضّرر بالمصلحة إنّما يتعلّق بالجانب العدميّ؛ أعني أنّ نفي الضّرر ورفعَه وتلافيهِ –وهذا جانب عدمي- هو المصلحة.

ولا يستبينُ معنى المصالحِ المرسلة حقَّ البيانِ ولا يتجلى مضمونُها حقَّ التَّجلّي؛ إلاّ إذا بُحثت المصالحُ بأنواعها وأقسامِها؛ وهذا ما ستأتي عليه الدِّراسة بالبَسط والبيان في الفرع الآتي.

---

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب: علامات النبوة في الإسلام، رقم ٣٤١١، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: وجوب ملازمة جماعة المسلمين، رقم ١٨٤٧.

[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، سورة براءة التوبة، رقم ٤٤٠٢.

الفرع الثّاني: **المصلحة: أقسامها وأنواعها:**

تَتعدّدُ أنواعُ المصالح وأقسامُها بحسَب الاعتبارِ الذي يُنظر به إليها، وعلى هذا فإنّ المصالح تنقسم أقساما باعتبارات مُختلفة، والذي يعنينا في هذا البحث اعتباران لهما بالمصالح المرسلة ومباحثِها علاقةٌ وصِلةٌ:

الاعتبار الأول: المصالح باعتبار قوتها في ذاتها.

الاعتبار الثاني: المصالح باعتبار شهادة الشرع لها بالاعتبار أو الإلغاء أو السكوت:

التقسيم الأول: تقسيم المصالح باعتبار قوتها في ذاتها[1]:

تنقسِمُ المصالحُ باعتبار قوَّتها في ذاتها ثلاثةَ أقسام: ضروريّة وحاجيّة وتحسينيّة[2].

فالمصالحُ الضّروريّة هي: التي لا بُدّ منها في قيام مصالح الدِّين والدّنيا، بحيث لو فُقدت وفاتَتْ لم تجرِ مصالحُ الدّنيا على استقامة؛ بل على فساد وتهارُج وفَوتِ حياة، وفي الأُخرى فَوت النّجاة والنّعيم، والرُّجوع بالخُسران المُبين؛ كما يقول الشّاطبيّ[3].

فالمصالح الضّرورية تكون الأمّة بمجموعها وآحادِها في افتقار ضروريّ إلى تحصيلها واجتلابها؛ بحيث لا يستقيمُ النِّظامُ ولا يستدّ باختلالها وانخرامها[4]؛ فالضّروريّاتُ ترجِع إلى **إقامة النّظام الأصليّ لنوع الإنسان**، والذي به يمتاز حالُه عن أحوال أنواع جنسه امتيازاً أوليا[5].

ولا يُرادُ من الفسادِ والتّهارُج وفوتِ الحياة الهلاكُ العامُّ الذي يأتي على أصل الوُجود؛ بل المراد أنّ في فُقدان هذه المصالح الضّروريّةِ انسلاخَ الأمّة عن الحياة التي أرادها الله لها، وتنخرط

---

[1] وعبر ابن عاشور على هذا الاعتبار بأنه: "باعتبار آثارها في قوام الأمة" وهو من تعبيرات ابن عاشور الرشيقة. مقاصد الشريعة ٣٠٠. ومنهم من يعبر عن هذا الاعتبار بأنه تقسيم باعتبار رتبة المصلحة التي يتضمنها، حاشية التصحيح والتوضيح ١٦١/٢، أو باعتبار المقصود نفسه. الرهوني، تحفة المسؤول ١٠٢/٤.

[2] الشاطبي، الموافقات ٨/٢، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ١٠٢/٤-١٠٤، ابن رشيق، لباب المحصول ٤٥٥/٢.

[3] الشاطبي، الموافقات ٨/٢، ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠، الرهوني، تحفة المسؤول ١٠٢/٤-١٠٣، بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ٣٩-٤١، العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية ١٢٠/١-١٢١.

[4] ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠.

[5] ابن عاشور، حاشية التوضيح ١٦١/٢.

بذلك في سِلْك الحيوانيّة البهيميّةِ؛ وفي هذا يقول ابنُ عاشور: «ولستُ أعني باختلال نظام الأمّةِ هلاكَها واضمحلالَها؛ لأنّ هذا قد سلِمت منه أعرقُ الأمم في الوثنيَّة والهمجيّة، ولكني أعني به أن تَصير أحوالُ الأمّة شبيهةً بأحوال الأنعام بحيث لا تكونُ على الحالة التي أرادها الشّارِع منها. وقد يُفضي بعضُ ذلك الاختلال إلى الاضمحلال الآجِل بتفاني بعضِها ببعض، أو بتسلّط العدوّ عليها إذا كانت بمرصد من الأُمم المُعاديةِ لها أو الطّامعة في الاستيلاء عليها، كما أوشكتْ حالةُ العرب في الجاهليّة على ذلك»[١].

ومجموع الضروريات خمسة: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل[٢].

وحفظ هذه الضروريات يكون من جهتين:

الأُولى: حفظها من جهة الوُجودِ؛ وذلك بما يُقيم أركانَها ويُثبِّتُ قواعدَها.

الثَّانية: من جانب العَدَم؛ وذلك بما يَدرأُ عنها الاختلالَ الواقِعَ أو المتوقّع فيها[٣].

وتحصيلُ المصالح الضّروريّةِ واجتنابُ ما يَخرِمُها أو يُفوّتها ممّا رُكِزَ في الطِّباع وغُرز في النّحائز؛ فلستَ تجدُ أمّة من الأُمم المتمدّنة إلاّ وهي ذاهبةٌ في مصالحها إلى تحصيل هذه الضّروريّات والحِياطة لها من الانخرام والفَوات؛ ولكنّ تتفاوتَ شرائعِ هذه الأُمم إنّما هو في الوسائل التي تُحصّل هذه الضروريات وتَحفظُها من الانخرام[٤].

المصالح الحاجيَّة:

المصالح الحاجيّة في الرُّتبة التّالية للمصالح الضّروريّة؛ ولئن كانت المصالحُ الضّروريّة ممّا يتفصّى عنها من انخرامها وفواتِها خَرابُ النِّظام وعدمُ استقامته؛ فإنّ المصالح الحاجيّة هي المصالح التي ينتُج عنها التّوسعةُ ورفعُ الحَرَج والضّيق؛ فهي مصالحُ تقوم بأصل السّماحة واليُسر وترفَعُ متعلّقاتِ الضّيق والحرج والعُسر[٥]؛ قال ابنُ عاشور: «وأما الحاجيّ: فهو **الذي به قوامُ النّظام**

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٠.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣٨/١، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ١٠٣/٢-١٠٤، العلوي، نشر البنود ١١٣/٢.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٨/٢-٩.

[٤] ابن عاشور، مقاصد الشريعة ٣٠٦.

[٥] الشاطبي، الموافقات ١٠/٢-١١، بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ٤١، العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية ١٢٢/١-١٢٣.

المدنيّ الذي يمتازُ المتّصفون به عن الطّبقات السّافلةِ من نوعه؛ أي الذي يُخرج الإنسانَ عن الوحشيّة إلى كونه مدنيّا مؤلّفا من شُعوب وقبائلَ وعائلاتٍ، وهذا كالبيع والإجارة واشتراطِ العدالة؛ فإنّه لو فرضنا انعدامها لاستقام النّوعُ في الجُملة؛ باعتماد كلٍّ على نفسه في جلب ما يلزمُه من دواعي الحياة البسيطةِ؛ ولكنّه يفقِد النّظام المدنيّ المبنيّ على التّعاون والتّكافل في أصناف المنافِع»[1].

المصالح التّحسينيّة:

والمصالح التّحسينيّة هي المصالحُ التي تَرجع إلى تحسين وَجهِ الأُمّة وتزيينِها بكريم الأخلاق، وتَحليتها بمحاسن الآداب، واصطباغِها بفاضِل الخِلال، ومُزايلةِ المُقبِّحات والمدنِّسات التي تُنافِرُ الطِّباع؛ فهي تُزيِّن المدنيّة وتُكمِّلها في أسنى مَظاهرها وأَجلى معارِضها[2]؛ قال ابنُ عاشور: «المصالح التّحسينيّة هي عندي ما كان بها كمالُ الأُمّة في نظامها حتّى تعيش آمنةً مُطمئنّة ولها بهجةُ منظرِ المجتمع في مرأى بقيّة الأُمم، حتّى تكون الأُمّةُ الإسلاميّةُ مرغوبا في الاندماج فيها أو في التّقرب منها»[3].

مثال ذلك: باب الطّاهرات كلّها، وسترُ العورة، وآدابُ الأكل والشّرب، ومُجانبة المآكل النّجسات، والمشارب المستخبثات، ، وكالمنع من بيع النّجاسات وفضلِ الماء والكلأ، واستيلابُ المرأة منصبَ الإمارة وإنكاحِ نفسها، وأبوابُ مكارم الأخلاقِ والمروءاتِ كلها داخلةٌ في هذه الرُّتبة من المصالح[4].

التقسيم الثاني: تقسيم المصلحة باعتبار شهادة الشرع لها بالاعتبار أو الإلغاء أو السكوت:

وتُقسّم المصلحةُ باعتبار شهادةِ الشّرع لها بالاعتبار أو الإلغاء إلى ثلاثة أقسام:

---

[1] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦١.

[2] الشاطبي، الموافقات ٢/١٢-١١، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩١، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/١٠٤، العلوي، نشر البنود٢/١١٢، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦١، بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ٤٢، العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان ١/١٢٣.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٧.

[4] الشاطبي، الموافقات ٢/١١، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦١.

القسم الأوّل: المصلحةُ التي شَهِدَ لها الشّرع بالاعتبار؛ وهذه المصلحةُ مقبولةٌ ولا إشكالَ في صحّتها والاعتدادِ بها، ولا خِلاف في إعمالها؛ وإلاّ عُدّ ذلك مُناقضة للشّريعة ومخالفة لها[١].

كحكم القصاص إنّما شَرَعَه الشّارع لمصلحة حفظ النُّفوس والأطراف[٢].

وحاصِلُ هذه المصلحة يَرجِعُ إلى القياس؛ وهو اقتباس الحُكم من معقول النّصّ والإجماع، ومثالُه: الحكمُ بأنّ كلّ ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرَمُ؛ قِياسا على الخمر؛ لأنّها حُرّمت لحفظ العقل الذي هو مَناطُ التّكليف، فتحريمُ الشّرع الخمرَ دليلٌ على مُلاحظة هذه المصلحة[٣].

القسمُ الثّاني: المصلحةُ التي شهِد الشّرع بإلغائها وإبطالها وعدمِ الاعتداد بها، وهذه المصلحةُ ملغاةٌ غيرُ مُعتبرةٌ؛ فلا يُعمل على مُقتضاها ولا يُبنى على أساسها حكمٌ من الأحكام؛ لأنّ الشّارع نفسَه ألغى هذه المصلحةَ ولم يعتبرها، وذلك دليلٌ على وُجوب اطِّراحِها ولُزوم مُجانبتها[٤].

ومُثِّل لهذا القسم بقول بعضِ العُلماء من المذهب المالكيّ لبعض المُلوك لّما جامَعَ في نهار رمضان: إنّ عليك صومَ شهرين مُتتابعين؛ فلمّا أُنكر عليه حيثُ لم يفته بمذهب مالك في التخيير بين خصال الكفارة؛ قال: لو أمرتُه بذلك لسهُل عليه واستحقر إعتاقَ رقبة في جَنْبِ قضاء شهوتِه؛ فكانت المصلحةُ في إيجاب الصّوم لينـــزجر به[٥].

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، الغزالي، المستصفى ١/٤١٥، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥.

[٢] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، الغزالي، المستصفى ١٧٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٥٤، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥.

[٣] الغزالي، المستصفى ١/٤١٥.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٣/٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٥٤.

[٥] الغزالي، المستصفى١/٤١٥، الشاطبي، الاعتصام ٣/٨-٩، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٥٤، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥. قال أبو حفص الفاسي: «المفتي بذلك هو الإمام يحيى بن يحى الليثي المغربي الأندلسي صاحب الإمام مالك وإمام أهل الأندلس، والملك الذي أفتاه هو صاحب الأندلس عبد الرحمن بن الحكم الأموي المعروف بالمرتضى». وانظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١/١١٣، وحاشية الدسوقي ١/٥٣٠. وانظر القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٠.

قال الشّاطبيّ: «فهذا المعنى مُناسب؛ لأنّ الكفارة مقصودُ الشّرع منها الزّجرُ، والملكُ لا يَزجُرُه الإعتاقُ ويَزجُره الصّيام»[١].

وقد رُدّت هذه الفُتيا وعُدّت باطلة لوجوه:

١- لأنَّ العلماء في مسألة كفّارة الإفطار في رمضان بين قائلين: قائلٍ بالتّخيير، وقائلٍ بالتّرتيب، فيُقدّم العتق على الصّيام؛ وعليه فتقديمُ الصّيام بالنسبة إلى الغنيّ دون غيره مذهبٌ لا قائل به[٢].

٢- وفتحُ هذا الباب ممّا يؤدِّي إلى تغيير جميع حدود الشّرائع ونصوصها بسبب تغيّر الأحوال[٣].

٣- ثمّ إنْ عُلِمَ ذلك من صنيع العُلماء انتفت ثقةُ الملوك بفتواهم، وكانوا في رِيبة من أمرهم؛ وحسبوا أنّ ما يُفتون به ما هو إلاّ تحريف من جهتهم بالرّأي[٤].

ويتلخّصُ من هذا أنّ المصلحة التي اعتبرها يحيى بنُ يحيى مصلحةٌ ملغاة وليست معتبرة؛ فلا يُعوّل عليها. قال الشاطبي: «فإن صح هذا عن يحيى بن يحيى رحمه الله وكان كلامه على ظاهره كان مخالفا للإجماع»[٥].

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٩.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٣/٩-١٠.

[٣] الغزالي، المستصفى ١/٤١٦، شفاء الغليل ٢١٩-٢٢٠.

[٤] الغزالي، المستصفى ١/٤١٦، شفاء الغليل ٢٢٠-٢٢١.

[٥] الشاطبي، الاعتصام ٣/١١. هذا؛ و لم يُسلّم بعضُ المالكيّة اندراجَ فُتيا يحيى بنِ يحيى في هذا القسم؛ قال أبو حفص الفاسي: «وليس فتواه هذه من قبيل هذا القسم، ولا مخالفة فيها لنص الكتاب؛ إذ لا نص في الكتاب على كفارة الصيام. ومثل –أي الغزالي- لهذا القسم بإيجاب صيام شهرين متتابعين ابتداء قبل العجز عن الإعتاق في كفارة الظهار. قلت: فيه نظر؛ إذ لم يشهد بإلغاء هذه المصلحة أصل معين على جهة الخصوصية، والآية في الظهار من قبيل العام فيصح أن تخصص بالاستصلاح، كما ذكر الشاطبي في الموافقات نقلا عن الإمام مالك». ثم بين أن الغزالي ناقض كلامه إذ أجاز قتل المسلمين إذا تترس بهم العدو واعتبر ذلك من محل الاجتهاد؛ فخصص بمصلحة مقاتلة العدو ودفع ضررهم على المسلمين عمومَ قولِه تعالى: ﴿**من يقتل مؤمنا متعمدا**﴾[النساء: ٩٣] ثمّ جعل الغزاليّ المسألة في محل النظر والاجتهاد. ثم قال الفاسي: «وبه يتبين لك أنْ لا درك على من أفتى الملك بما ذكر، ولو في مسألة الظهار؛ حيث كان إماما مجتهدا يرى تخصيصَ العامّ بالاستصلاح؛ كما نقل عن الإمام مالك». أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٥-٦. وقال في الفواكه الدَّواني: «قال القَرافيّ ما معناه: أنَّ الكفارات شُرعت للزجر، والملوك لا تنـــزجر بالإعتاق لسهولته عليهم فتعين ما هو زاجر لهم، **وهذا من النظر في المصلحة**

ومثّل القَرافيّ لهذا القسم بالمنع من زِراعة العنب؛لأنّه مصلحةٌ لإفضائه لعدم الخمر[١].

القسم الثّالث: المصالحُ التي لم يَشهَد الشّرعُ لها بالاعتبار ولا بالإلغاء، فهي مصالحُ مسكوتٌ عنها؛ والمرادُ بالاعتبار في هذا التّقسيم هو الاعتبار الخاصّ؛ أي لم ترِدْ شواهِدُ خاصّةٌ باعتبار هذه المصلحة.

وهذا القسم على نوعين:

الأوّل: انتفاءُ اعتبار الشّرعِ للمصلحة وإلغائه لها بالاعتبارين الخاصّ منه والعامّ؛ ويمثّلون لهذا النّوع من المصالح بمثال افتراضي؛ وهو أنّا لو فرضنا أنّه لم يرِدْ نصٌّ بمنع القتل للميراث؛ فإنّ المعاملة بنقيض المقصود علّة لا عهدَ بها في تصرُّفات الشّرع بالفرض، ولا هي تُلائم تصرُّفاتِ الشّرع بحيث يوجد لها جنسٌ مُعتبر. وحُكمُ هذا النّوع من المصالح أنّه لا يصحُّ التّعليلُ بها، ولا بناءُ الحكم عليها باتّفاق؛ ومثلُ هذا من قَبيل التّشريع المبتدأ الذي لا أساسَ له من الشّرع[٢].

النّوعُ الثّاني: أنْ تُلائم هذه المصلحةُ تصرّفاتِ الشّرع، وذلك بأنْ يُوجَد لهذا المعنى جنسٌ اعتبره الشّارع في الجملة بغير دليل مُعيّن، وهذا هو الاستدلالُ المُرسل، المسمّى بالمصالح المرسلة[٣].

قال أبو حفص الفاسي: «...ما لم يَشهد له بالاعتبار ولا بالإلغاء أصلٌ معيّنٌ، وهذا هو المرسل، وربطُ الحُكمِ به يُسمّى **استصلاحاً واستدلالا.** قال الأبياريّ: "الاستدلالُ عبارةٌ عن ربط الحكم بالمعنى المُناسِب الذي لا يستند لأصلٍ معيّن"اهــ»[٤].

وعلى هذا فالمصلحةُ المرسلة أخصُّ من مُطلق المصلحة؛ لأنّ مُطلق المصلحةِ قد تُلغى، وقد يَنصُّ على اعتبارها أصلٌ معيّن، وقد تكون مسكوتاً عنها ولا شاهدَ لها بالاعتبار الخاصّ والعامّ؛

ولا تأباه القواعد، ولعله غير مناف للتخيير لإمكان حمل التخيير على فقد المعين لنوع منها؛ هذا ملخص كلام القرافي». الفاكهاني، الفواكه الدواني ١/١١٣.

[١] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، ٤٤٦، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٠، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٣/١٢، الغزالي، شفاء الغليل ١٨٩.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٣/١٢.

[٤] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٤-٥، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.

وعليه فإنّ المصلحةَ المرسلة أخصُّ من مُطلق المصلحة المرسلة؛ لأنّ **المرسلة مصلحةٌ بقيد السّكوت عنها تعيينا مع اعتبار الشرع لها اعتبارا عاما**[١].

والمرسلة مأخوذةٌ من الإرسال؛ يُقال: أَرْسَل الشَّيءَ أي **أَطلقه وأَهْمَله**[٢] ومنه قولهم فرس مرسل أي مطلق.

قال الله تعالى: ﴿**أَلَم تر أَنا أَرسلنا الشياطين على الكافرين تَؤُزُّهم أَزًّا**﴾[مريم: ٨٣]

قال أَبو العباس: وإِرساله الشياطينَ على الكافرين **تَخْلِيَتُه وإِياهم**، كما تقول: كان لي طائر فأَرْسَلْته؛ أَي: **خليته وأَطلقته**[٣].

قال الزَّبِيديُّ: «وقيل : الإِرْسالُ هنا: **الإِطْلاقُ والتَّخْلِيَةُ** وبه فَسَّرَ أبو العَبَّاسِ الآيةَ. **والإِرْسالُ** أيضاً : **الإِهْمالُ** وهو **قَرِيبٌ مِن الإِطْلاقِ والتَّخْلِيَةِ**»[٤].

ومُتعلّقُ الإرسال في "المصالح المرسلة" هو اعتبارُ الشّارعِ وإلغاؤه للمصالح.

وإذا تبيَّن معنى كلٍّ مِن طَرَفي المركّب الوصفيّ: "المصلحة" و"المرسلة"-: يخلُص لنا أنَّ "المصالح المُرسلة" هي المصالِحُ **المُطلقة عن شهادة الشّرع لها بالاعتبار أو الإلغاء.**

قال ابنُ عاشور: «ومعنى كونِها مُرسلةً أنّ الشّريعة أرسلتها، فلم تُنط بها حُكماً مُعيّنا، ولا يُلفَى في الشّريعة لها نظيرٌ مُعيّن له حكمٌ شرعيّ فتقُاسَ هي عليه. فهي إذن كالفَرَس المُرسَل غيرِ المُقيَّد»[٥].

---

[١] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٤.

[٢] ابن منظور، لسان العرب ٢٨٥/١١، الزبيدي، تاج العروس، ٣٤٤/١١.

[٣] ابن منظور، لسان العرب ٢٨٥/١١، قال الزجاج: «في قوله: ﴿**أَرْسَلْنا**﴾ وجهان: أَحدهما: أَنَّا **خَلَّينا** الشياطين وإِياهم فلم نَعْصِمهم من القَبول منهم.

والوجه الثاني: وهو المختار أَنهم أُرْسِلوا عليهم وقُيِّضوا لهم بكفرهم كما قال تعالى: ﴿**ومن يَعْشُ عن ذكر الرحمن نُقَيِّضْ له شيطاناً**﴾[الزخرف: ٣٦] ومعنى الإِرسال هنا التسليط. ابن منظور، لسان العرب ٢٨٥/١١.

[٤] الزبيدي، تاج العروس ٣٤٤/٧.

[٥] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٩، العلوي، نشر البنود ١٢٠/٢.

المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحا في المذهب المالكي:

كان لأهل الأُصول عناية بتعريف المصالح المُرسلة وجَلاءِ مضمونها؛ وسأسُوق في هذا المَقام ما وقفتُ عليه من تعريفات للمالكيّة وتقريباتٍ لمفهوم المصالح المرسلة؛ لأستخلِصَ من ذلك كلِّه مفهوماً واضِحاً للمصالِحِ المرسلة لدى عُلماءِ المذهب المالكيّ:

التّعريف الأوّل:

قال القاضي ابنُ العَرَبِيّ: «**المصلحةُ وهو في**[1] **كلّ معنى قام به قانونُ الشّريعة وحصلت به المنفعةُ العامّة في الخليقة**»[2].

وتعريفُ القاضي ابنِ العربيّ هو من أجود التّعريفات للمصلحة، وأدناها إلى حقيقتها.

والذي يلوحُ للنّاظر في تعريفه أنّ المصلحة التي يستنِدُ إليها مالكٌ والتي عُزِيَ له التّفرُّد بها -كما حكاه ابن العربيّ في سياق تعريفه للمصلحة- هي المصلحةُ التي قامت باعتبارها القواعدُ العامّة في الشّريعة وهو ما عبّر عنه ابنُ العربيّ بـــ "**قانون الشّريعة**". كما أنّ من مُرتكزات هذا التّعريف كونَ المصلحة ممّا يعُمُّ الخلقَ الانتفاعُ بها، فليست من المصالح الخاصّة أو الفرديّة؛ وهذا قولُ ابن العربيّ: "**وحصلت به المنفعةُ العامّة في الخليقة**".

التعريف الثاني:

قال ابنُ رُشدٍ الحفيدُ[3] عن القياس المرسل[4]: «**وهو الذي ليس له أصلٌ مُعيّنٌ يستند إليه**»[5].

الذي يُؤخد من هذا الإيضاح والتّقريب لمعنى القياس المرسل أنّ الشّرع لم يشهد لهذه المصلحة بأصل معيّن. غيرَ أنّ ابنَ رُشد الحفيد لم يُبيّن في هذا الموضع هل كان لهذه المصلحة ما

---

[1] كذا في المطبوع.

[2] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٧٧٩/٢.

[3] إذا أطلق المالكية في كتبهم "ابن رشد" فإنما يعنون به الجد صاحب "البيان والتحصيل"، وإذا أرادوا "الحفيد" صاحب "بداية المجتهد" قيدوا.

[4] والقياس المرسل هو الاستدلال المرسل؛ كما سيجيء بيانه في الألفاظ المرادفة للمصالح المرسلة.

[5] ابن رشد، بداية المجتهد ٣٨/٣.

تستندُ إليه من أجناس المصالح العامّة في الشّرع أم لا وُجود لهذا النّوع من الاستناد؟ إلاّ أنه أبان عن الأمر في موضع آخر من "بداية المجتهد"؛ قال:

«القياس المُرسل: وهو الذي لا يَستند إلى أصل منصوص عليه في الشّرع إلاّ ما يُعقل من المصلحة الشّرعية فيه؛ ومالك رحمه الله يعتبر المصالحَ وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها»[1].

فأوضح رحمه الله أنّه وإنْ لم يكُن لهذه المصلحة أصلٌ منصوصٌ عليه؛ فإنّ هذه المصلحةَ ممّا يُعقل كونُها من المصالح الشّرعية، وذلك بأنْ يجري بها قانونُ الشّرع، كما هو في عبارة ابنِ العربيّ.

التعريف الثالث:

وعرف الأَبياريُّ وابن عاشور وغيرهما من أهل المذهب المصلحةَ المرسلة بقوله: «**الوصفُ المُناسِبُ لتعليل حُكم غيرُ مُستندٍ إلى أصل مُعيّن في الشّرع، بل المصلحة العامة اللاّزمة في نَظَر العقل قطعا أو ظنّا قريبا منه»**[2].

وقد عُنِيَ الأبياريّ رحمه الله في **"شرح البرهان"** بمبحث المصالح المرسلة أتمّ العناية، وخصّها ببارع الأبحاث وآنق التّحقيقات؛ لِمَا صادفه من إمام الحرمين في هذا المبحث من حطّ على المالكيّة وإمامهم، وكون المسألة من الأُصول الكُليّة التي كان للمالكيّة اليدُ الطُّولى في اعتبارها والاستمساك بها في الفروع الفقهيّة؛ فجاء منه هذا التّهمم والاعتناء؛ فأفاد وأجاد؛ رحمه الله.

أمّا عن تعريفه هذا فهو من أجلّ التّعاريف وأدناها إلى حقيقة المصالح المرسلة، فهي وصفٌ مناسب ملائم للحكم لا سَنَدَ له من الأصول المعيّنة في الشّرع، وإنما هي مصلحةٌ تَرجع إلى لزومها عقلا بالقطع أو الظّنّ القريب منه مع كونها مصلحة عامّة؛ ومعنى لزومها في نظر العقل: أنها معقولةُ المعنى ليست على التّعبد الذي لا علّة فيها على التّفصيل؛ لذلك عقّب ابنُ

---

[1] المصدر السابق ١/٣٥.

[2] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١، ٢/١٦٩.

عاشور بأثر هذا التّعريف بقوله: «فلذلك لا تدخُل التّعبُّداتُ على التّحقيق، وهو مُختار الشّاطبي في "الموافقات"»[١]

والمصلحة العامّة الواردة في التَّعريف هي المصلحة العائدةُ بالمنفعة على عُموم النّاس كالذي مرّ في تعريف ابنِ العربيّ.

تعريف الرابع:

قال القَرافيُّ: «**المصلحة التي لا يشهَدُ الشّرعُ باعتبارها ولا بإلغائها**»[٢].

محصِّلُ هذا التّعريفِ هو سكوتُ الشّرع عن اعتبار هذه المصلحة أو إلغائها؛ لكن في تعريفه هذا قصور؛ إذ لم يُبيِّن هل مِن حقيقتها أنْ تكون هذه المصلحةُ تجري على نَسَقَ تصرُّفات الشّارع في التّشريع، وهذا القيد معتبر عند القرافي إذ نص عليه في غير موضع؛ من ذلك قوله في "نفائس الأصول": «المصالح المرسلة التي لم نجد لها في الشرع أصلا يشهد بخصوصها بل **بجنسها**، وهذا هو المصلحة المرسلة»[٣].

وقرّر القرافي في موضع آخر من "نفائس الأصول" أنّ المالكيَّة لا تعني من المصالح إلاَّ **مصلحة شهد الشرع باعتبار جنسها فقط**[٤].

التعريف الخامس:

قال الشَّاطبيُّ: «**الاستدلالُ المرسلُ** الذي اعتمده مالك والشَّافعيُّ؛ فإنَّه **وإنْ لم يشهد للفرع أصلٌ مُعيَّنٌ فقد شَهِدَ له أصلٌ كُليٌّ**»[٥].

وهذا التَّعريفُ لا يَخرُج عمّا تقدّم؛ فقد أبان أنّ هذا النّوع من المصالح ممّا ثَبَتَ اعتبارُه بأصلٍ كُلِّيٍّ مأخوذ من تفاريق الشّريعة بحيث أفاد عُموما معنويّا دلّ على اعتبار هذه المصلحة وأنّها جاريةٌ في مضمار الشّرع وليس خارجةً عنه ولا غريبة عن منهاجه.

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

[٢] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ٢/١٥٤.

[٣] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٩-٤٢٨٠.

[٤] المصدر السابق ٩/٤٢٨٢.

[٥] الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠.

وللإمام الشّاطبيّ إشاراتٌ كثيرة في بيان مفهوم المصالح المرسلة لا تندُّ عمّا قدّمته؛ وهذه بعضُ عباراته الجزلة رحمه الله؛ قال: «...المصالح المرسلة يرجع معناها إلى **اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معيَّن، فليس له على هذا شاهد شرعيّ على الخصوص**، ولا كونه قياسا بحيث **إذا عرض على العقول تلقته بالقبول**»[١].

وقال في سياق تعليله لصنيع الصّحابة ﷺ في جمع المصحف: «مثل هذا النظر من باب الاجتهاد **الملائم لقواعد الشَّريعة** وإن لم يشهد له أصل معين، وهو الذي يسمى المصالح المرسلة»[٢].

التَّعريف السَّادس:

قال حلولو: «المرسلُ وهو **ما لم يشهد له الشّرعُ باعتبار ولا إهدار، ولكنّه على سَنَن المصالح، وتلقاه العقولُ بالقبول**»[٣].

وهذا التَّعريف قد جمع تفاريقَ التَّعريفات السَّابقة؛ فالمصلحة المرسلة مسكوتٌ عنها في الشرع بالخصوص؛ لكنّها جاريةٌ على سَنَنَ المصالح المعتبر في الشّرع، وكانت هذه المصلحة مما يُتعقّل معناها وتتلقّاها الألبابُ بالقَبول والموافقة.

وبعدَ سَوقي لمختلَف هذه التّعاريف أخلُص إلى استخراج المُرتكزات التي بُنِيَ عليها مفهومُ المصالح المرسلة؛ والذي لاح لي منها ما يلي:

المرتكز الأوّل: خُلوّ المصلحة من أصل مُعيّن شاهدٍ لها الاعتبار.

المرتكز الثّاني: جَرَيانُ المصلحة على وَفْقِ قانون الشّرع واندِراجِها في سِلْك العُمومات المعنويّة الثابتة باستقراء جزئيات الشريعة.

وبهذا القيد أو المرتكز تذهب كثيرٌ من الاعتراضات على المالكيّة في قولهم بالمصالح المرسلة؛ فغالبُ مَن اعتَرَضَ على المالكيَّة حَسِبَ أنَّ المصالح المرسلة ممّا يُوكل أمرُها إلى إدراك العُقول وحَسْب، من غير أن يكون للشّرع صلة بها. وهذا مردود؛ فالمالكيَّة لا يقولون بهذا اللّون من المصالح؛ بل يشترطون -كما سيجيء تجليتُه في شُروط الاعتبار- أنْ تكون هذه

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٢/١١١.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٤١-٣٤٢.

[٣] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

المصلحة جاريةً على سَنَن مصالح الشّريعة بأنْ تكون مُنخرِطَةً في عُموماتها المعنوية ومُندرِجةَ تحت قانون الشّرع.

قال الأبياري ردًّا على الجوينيّ: «إنّ أحداً لا يجوِّزُ اتّباعَ المصلحة المجرّدة، بل المصالح التي **فُهِمَ من الشّريعة مُلاحظتُها**، وقد قدّمنا أن مقصد الشرع أن يحفظ على الخلق خمسة أمور: وهي الدين والنفس والعقل والمال والنسب، فحفظ هذه الأمور مصلحة، وتفويتُها مفسدة، فإذا لَحَظَ العُلماء هذه الأصولَ لم يتباعد اختلافُهم أصلا»[1].

وقال: «إنّا قُلنا: لسنا نُريد بالمصلحة في هذا المكان مجرّدَ جلبِ المنفعة ودفع المضرة؛ وإنّما نُريد بها المحافظة على رِعاية مقصود الشرع، وهذا إنّما يعرفُه العلماءُ دون العوامّ، ولا يُتصوّر لذي عَقل أنْ يُمكِّن العاميَّ من الفتوى في الشّريعة»[2].

كما أنَّ بعض الشَّافعية عرّف الاستدلالَ المرسل على خلاف ماهو عند المالكيّة؛ فكان كلامهم بذلك في غير موضعِ خِلاف؛ فمثلاً فسّره ابنُ بَرهانَ في "الأوسط" **بأن:** «**لا يستند إلى أصل كلّيّ ولا جُزئيّ**»[3]. وهذا ما لم يرِد عن المالكيّة كما سبق بسطُه. وعلى هذا فينبغي أن يُرجَعَ في الحقائق المختلَف فيها إلى مفهومها عند أصحابها؛ ثمّ على أساس هذا المفهوم تُقامُ الحُجج موافقةً أو مُعارضة، أمّا أن تُقرّر معانٍ لاقائلَ بها ثم يُستطرد في الرّدّ والمعارضة؛ فهذه سبيلٌ لا طائلَ من ورائها. وشبيهٌ بهذه المسألة ما وقع للمالكيّة مع غيرهم في مسألة عمل أهل المدينة؛ فقد فَرَضَ بعضُ كبارِ الأئمّة من الشّافعية أنّ عمل أهل المدينة هو الإجماع الذي يَعتدّ به مالكٌ، ولا إجماعَ إلاّ إجماعهم؛ وهذا لم يقُل به مالك ولا أحدٌ من أصحابه.

قال عياضٌ -مُنكرا على من ردّ على المالِكيَّة قولَهم بعمل أهل المدينة-: «...وهم يتكلّمون في غير موضع خلاف؛ فمنهم من لم يتصوّر المسألة، ولاتحقّق مذهبَنا، فتكلّموا فيها

---

[1] مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ١١٨/٢-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون.

[2] مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ١١٨/٢-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون، ونقل هذا النص كذلك عن الأبياري أبو حفص الفاسي في شرح الزقاقية: الملزمة ٣٥، ص٧.

[3] الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.

على تخمين وحَدس؛ ومنهم من أَخَذَ الكلام فيها ممّن لم يُحقّقه عنّا؛ ومنهم من أطالها وأضاف إلينا ما لا نقوله فيها...»[١].

المرتكزُ الثّالث: كونُ المصلحة ممّا تصطَبِغُ بلَون المُناسبات المعقولة التي إنْ عُرِضت على العقول قبلتها، وإن بُسِطَت إلى الألباب أقرّتها وأَذعنت إليها.

المرتكز الرّابع: لحظُ وصفِ الكليَّة في المصلحة المرسلة، والمرادُ بالكليَّة أنّ شاهِدَ الاعتبار لهذه المصلحة هو المصلحة الكُليّة، أو على عبارة ابن العربيّ الرائقة: هو **قانون الشّرع**.

المرتكَزُ الخامس: وهذا المرتكز وارِدٌ في كلام ابن العربيّ والأبياري وابن عاشور: وهو أنّ المصالح التي يعتمدُها مالكٌ في فقهه هي المصلحة التي تتعلّق بعُموم الخلق؛ فليست مصلحة خاصّة ببعضهم أو آحادهم. والحقيقة أنَّ هذا الوصف ليس من ماهيَّة المصلحة المرسلة وإنَّما هو شرطٌ في اعتبارها؛ كما سيأتي تناوله في محلّه.

التَّعريف المختار:

وبعد التّطواف على تعريفات المالكيّة وتقريباتهم للمصالح المرسلة، واستنباط المرتكزات التي يتأسّسُ عليها مفهومُ المصلحة عندهم؛ أنتهي إلى صَوْغ تعريفٍ يكون أقربَ إلى ماهية المصلحة المرسلة وأدنى إلى حقيقتها:

فالمصلحة المرسلة هي: «**الوصفُ المناسِبُ غيرُ المستند لأصل مُعيّن في الشّرع، شَهِدَ له بالاعتبار أصلٌ شرعيٌّ كُليّ**».

وبيانُ هذا التّعريف يكون كالآتي: «**الوصف المناسب**»: دخل فيه المرتكزُ الثّالثُ، أي كونُ المصلحة معقولة فإذا عُرِضت على العُقول قبلتها.

«**غير المستند لأصل مُعيّن في الشّرع**»: دخل فيه المرتكزُ الأوّل، وهو خُلوّ المصلحة المرسلة من شاهِد لها بالخصوص.

«**شهد له بالاعتبار أصلٌ شرعيّ كُليّ**»: يدخل في طرف هذا التّعريف المُرتكزان الثّاني والرّابع: أمّا المرتكزُ الثّاني فحاصلُه أنّ المصلحة ممّا جَرَت على منهاج الشّرع في اعتبار المصالح

---

[١] عياض: «ترتيب المدارك» ١/٦٧.

فليس غريبة عنها؛ وهذا ما جاء في التعريف. أمّا المرتكزُ الرّابع فاشتراطُ كونِ الشّاهد بالاعتبار عامّا عموما معنويّا؛ وهذا ما أفاده التّعريف بقوله: «**أصلٌ شرعيّ كُليّ**».

المطلب الثّالث: المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألفاظُ ذات الصِّلة بها:

للعُلماء ألقابٌ مُختلفة يُعبّرون بها عن هذا الأصل؛ وسأورد في هذا الموضع ما وقفتُ عليه من ألقاب وألفاظ تُرادِفُ هذا الأصل الاجتهاديّ:

١-لقبُ "**المصالح المرسلة**" هو اللّقب المشهور لهذا الدّليل، وكثيرٌ من العُلماء وخاصّة المتأخّرين منهم لا يكادون يُطلِقون على هذا الدّليل إلاّ لقب المصالح المرسلة، كالقرافي[١] الشاطبي[٢] والزركشي[٣] وغيرهم[٤].

٢-وعبّر عنه الخوارزميّ في "الكافي" بـــ"**الاستصلاح**"[٥]، وكذا ابنُ العربيّ في "القبس"[٦]، والجوينيّ في "البرهان"؛ قال عن مالك: «وقد اشتهر مذهبُه في استصلاحات مرسلة يراها»[٧]، وابنُ رشد الحفيدُ في "الضّروريّ في أصول الفقه"[٨]، وأبو حفص في "شرح لاميّة الزّقاق"[٩].

٣-ويُلقّب بـــ"**الاستدلال المرسل** "[١٠] سمّاه به الشّاطبيُّ في الموافقات[١١]، والغزالي في شفاء الغليل[١٢].

---

[١] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٥-٤٤٦، نفائس الأصول ٤٢٧٩/٩.

[٢] الشاطبي، الموافقات ١٠٢/١، ٣٠٧/٢، ٣٤٣، ٣٩٦.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.

[٤] المشاط، الجواهر الثمينة ص/٢٤٩، العلوي، نشر البنود ١٢٠/٢.

[٥] الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.

[٦] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٨٠٢/٢، وانظر القبس ٤٦٠/٣.

[٧] الجويني، البرهان فقرة ١٤٩٩، وانظر فقرة ١١٣١.

[٨] ابن رشد، الضروري في أصول الفقه ٩٨.

[٩] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.

[١٠] الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.

[١١] الشاطبي، الموافقات ٣٩/١-٤٠.

[١٢] الغزالي، شفاء الغليل ١٨٨.

٤-وأطلق إمامُ الحرمين وابنُ السّمعانيّ عليه اسم" **الاستدلال** "[١]، وكذلك الأبياريُّ في "شرح البرهان"[٢]، وأبو حفص الفاسيّ في "شرح الزّقاقيّة"[٣].

٥-ومّما أُطلق عليه كذلك "**القياسُ المرسل**": وممّن جَرَى له التّعبير به عن هذا الأصل ابنُ رشد الحفيدُ في مواضع متعدّدة من "بداية المجتهد"، قال ابنُ رشد: «...فهو التفات إلى المصلحة **وهذا النوع من القياس هو الذي يُسمّى المرسل**؛ وهو الذي ليس له أصل معيّن يستند إليه، وقد أنكره كثير من العلماء، والظّاهر من مذهب مالك القول به»[٤].

٦-القياس المصلحيّ أو قياس المصلحة:

وهذان اللّقبان من إطلاقات ابنِ رشد الحفيد؛ قال في "بداية المجتهد": «...وإجازة مالك لذلك **هو من باب إجازته قياس المصلحة**»[٥]، وقال في موضع آخرَ: «... **القياس المرسل** أعني **المصلحيّ** الذي كثيراً ما يقول به مالك»[٦].

ومما ينبغي أن ينبه إليه في هذا المقام أن هُناك نوعَ فرقٍ بين "**المصالح المرسلة**" وبين "**الاستصلاح**" و"**الاستدلال المرسل**" وغيرها من الألقاب التي سبق بيانُها؛ فالمصالح المرسلة هي ذاتُ المصالح، أمّا الاستصلاحُ والاستدلالُ المرسل والقياس المرسل فهو رَبطُ الحكم بها، وبناؤه على مُقتضاها.

قال أبو حفص الفاسيُّ: «...ما لم يَشهد له بالاعتبار ولا بالإلغاء أصلٌ معيّنٌ، وهذا هو المرسل، وربطُ الحُكمِ به يُسمّى **استصلاحاً واستدلالا**. قال الأبياريّ: "الاستدلالُ عبارةٌ عن ربط الحكم بالمعنى المُناسِب الذي لا يستند لأصلٍ معيّن"اهــ.»[٧].

---

[١] الجويني، البرهان٢/فقرة ١١٢٧، السمعاني، قواطع الأدلة ٢٥٩/٢، الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.

[٢] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦.

[٣] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٦، علال الفاسي، مقاصد الشريعة ١٤٤.

[٤] ابن رشد، بداية المجتهد ٣٨/٣، ٣٥/١.

[٥] المصدر السابق ٣٠٩/٤.

[٦] المصدر السابق ٣٢٧/٢.

[٧] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٤-٥، وقد نقل هذا النص عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.

وإنّما عددتُ هذه الألقاب في سِلك مُرادفات المصالح المرسلة مع وُجود فارق بينها وبين المصلحة المرسلة؛ لأنَّ العلماء يتجوَّزون في إطلاق هذه الألقاب على هذا الأصل.

وممّا يتعلّق بأذيال الألفاظ ذات الصّلة بيانُ الفرق بين المصالح المرسلة والبِدَع؛ وهذا لِمَا وقع من خلط بين المصطلحين؛ إذْ كثيرٌ ممّن يحتجّ للبدع يَستند في زعمه إلى أصل المصالح المرسلة؛ والأمر على خلافه:

الفرق بين المصالح المرسلة والبدع:

البدعة هي: «عبارةٌ عن طريقة في الدِّين مُخترعة تُضاهي الشّرعية، يُقصد بالسُّلوك عليها المبالغةُ في التّعبد لله سبحانه»[١].

وعُرِّفت البدعة المذمومة كذلك بأنها: «التي خالفت ما وَضَع الشّارع من الأفعال أو التّروك»[٢].

وممّن اعتنى بالفرق بين المصالح المرسلة والبدع الأستاذ الشّاطبيّ رحمه الله في كتاب "الاعتصام"؛ فبعد أنْ أبان عن شروط مالك في اعتبار المصالح المرسلة أوضح عدمَ انطباقها على البدع؛ وهذا مُعتصَرُ ما ذَكرَه:

البِدعُ في حقيقتها ووضعها مخالفةٌ للمصالح المرسلة ومُضادّةٌ لها وليس لهما موضعُ توافق أو التقاء؛ وجِهاتُ الخُلْفِ والتّبايُن بين البدع والمصالح المرسلة تتجلّى في أمور:

أولا: جهة التّعلّق: موضوعُ المصالح المرسلة ما عُقِل معناه على التّفصيل؛ لذلك فإنّ مجال العمل بها هي مجال العادات والمعاملات، أمّا التّعبداتُ فإنّ من حقيقتها أنْ لا يُعقَل معناها على التّفصيل؛ فلهذا لم يكُن للمصالح المرسلة في جانب العبادات تعلّقٌ. ومعلوم أنّ البدع المذمومة في الشّرع إنّما هي في العبادات لا في العادات أو المعاملات؛ وعلى هذا فإنّ جهة التّعلّق لكلّ من البدع والمصالح المرسلة مُنفكّة لا اشتراكَ بينهما[٣].

ثانيا: المُلاءمة لمقاصد الشّرع: إنّ البدع في عامّة أمرها لا تُلائم مقاصدَ الشّرع، بل إنّما تُتصوّر على أحد وجهين:

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٤٣/١.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣٤٢/٢.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٥٧/٣.

إمّا أنْ تكون مُناقضة لمقصوده؛ كما تقدّم في مسألة المفتي للملك بصيام شهرين.

وإمّا مسكوتا عنها؛ كحرمان القاتل ومعاملته بنقيض مقصوده على تقدير عدم النّصّ.

وقد تقدم اطّراحُ القسمين وعدمُ اعتبارِهما[١].

ثالثا: المصالح المرسلة ترجع إمّا إلى حفظ أمر ضروريّ من باب الوسائل أو إلى التّخفيف؛ وهذا يُخالف وَضْعَ البدع؛ لأنَّ البدع من باب الوسائل، لكونها مُتعبّداً بها بالفَرْض؛ ولأنّها زيادةٌ في التّكليف، وهو مضادّ للتّخفيف.

فحصلَ من هذا كُلِّه أنْ لا تعلُّق للمبتدع بباب المصالح المرسلة إلا القسم الملغى باتّفاق العُلماء[٢].

المطلب الرّابع: مذاهب العلماء في المصالح المرسلة:

لقد تباينت أقوالُ العلماء في الاحتجاج بالمصالح المرسلة إلى مذاهبَ كثيرةٍ؛ وسأعرض هذه المذاهبَ فيما يلي وأُعنى على وجه الخُصوص بمذهب الغزاليّ ومذهب الجوينيّ رحمهما الله:

الفرع الأوّل: بيانُ مذاهبِ العلماء في حجّيّة المصالح المرسلة:

من تمام بحث المصالح المرسلة عند المالكيَّة أن يُطرق بالبيان مذاهب العلماء في حجية هذا الأصل؛ وعليه فقد كان للعُلماء في حجّيّة المصالح المرسلة مذاهبُ شتى، وهذا بيانُها:

المذهب الأوّل: المصالح المرسلة ليس بحجة مُطلقا.

عزاه بعضُ الشّافعية كالزّركشي[٣]، والتّاج السبكي[٤] للأكثرين.

وهو مذهب القاضي أبي بكر الباقلاني المالكي[١]، قال الجويني: «فذهب القاضي وطوائف من متكلمي الأصحاب إلى رد الاستدلال وحصر المعنى فيما يستند إلى أصل»[٢] وحكاه ابنُ برهان عن الشّافعيّ[٣].

---

[١] المصدر السابق ٣/٥٧-٥٨.

[٢] المصدر السابق ٣/٥٨.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤.

[٤] السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/١٧٨، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

المذهب الثاني: المصالح المرسلة حجّة مُطلقاً.

حكاه بعضُ الشّافعية عن مالك، قال الجويني: «وأفرط الإمام إمامُ دارِ الهجرة مالكُ بن أنس في القول بالاستدلال، فرُئي يُثبت مصالحَ بعيدة عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشّريعة»[٤].

وتبع بعضُ المالكيّة إمامَ الحرمين في هذا العزو لإمامهم[٥].

وحكاه بعضُ الشّافعية قولاً قديما عن الشّافعي[٦].

وعزاه القرافيّ لمعظم الحنفية[٧].

المذهب الثّالث: إن كانت المصلحة مُلائمة لأصل كليّ من أصول الشّرع قُبلت، وإلاّ فلا[٨].

نسبه الجُوينيُّ إلى الشّافعيّ ومُعظم الحنفيّة، قال: «وذهب الشّافعيّ ومُعظم أصحابِ أبي حنيفةَ رضي الله عنهما إلى اعتماد الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متّفق عليه في أصل؛ ولكنّه لا يستجيز النّأيَ والبُعد والإفراط وإنّما يسوّغ تعليقَ الأحكام بمصالح يراها شَبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقا وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارّة في الشّريعة»[٩].

وتبعه ابن بَرهان في "الوجيز" فعزاه للشّافعيّ وقال: «إنّه الحقّ المختار»[١٠].

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح ٢/١٦٩.

[٢] الجويني، البرهان فقرة ١١٢٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٣-٨٤، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح ٢/١٦٩.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤.

[٤] الجويني، البرهان ١١٢٩، الجويني، البرهان فقرة ١١٣١، السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٢/٢٥٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤.

[٥] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[٧] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[٨] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٥.

[٩] الجويني، البرهان فقرة ١١٣٠، ١١٣١، الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٥.

[١٠] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٥.

وسيأتي أنّ مذهب مالك على التّحقيق هو هذا المذهبُ؛ فمذهبُه ومذهب الشّافعي سواء؛ كما قرّره الأبياريّ[١] وبعده الشّاطبيّ[٢].

المذهب الرّابع : تخصيصُ الاعتبار بما إذا كانت تلك المصلحةُ **ضروريّة قطعيّة كلّيّة**، فإنْ فات أحدُ هذه الثّلاثة لم تُعتبر[٣].

والمراد بــ: "الضرورية" ما يكون من الضّروريات الخمس التي يُجزم بحصول المنفعة منها، و"الكلية" ما كانت الفائدة فيها تعُمّ جميعَ المسلمين؛ احترازا من المصلحة الجزئية لبعض النّاس، أو في حالة مخصوصة[٤] كتغريق واحد من أصحاب السّفينة لنجاة الباقين[٥].

واحترز بــ"القطعية" من الظّنّية، قال الغزاليّ: «والظّنّ القريب من القطع كالقطع»[٦].

وهذا المذهب اختيار الغزاليّ[٧] والبيضاويّ[٨] وغيرِهما[٩].

ومثّلَ الغزاليُّ لذلك بمسألة التّترّس؛ وهي إذا ما تترّس الكفّار بجماعة من المسلمين، فلو أنّا رمينا التّرس لقتلنا مسلمين من دون جريمة صدرت عنهم؛ والنّظرُ المصلحيّ يقضي بأنّ هذا الأسير مقتول بكلّ حال؛ لأنّا لو كففنا عن التّرس لسَلّطنا الكفّارَ على جميع المسلمين فيقتُلونَهم ثمّ يقتلون الأُسارى أيضا، فحفظُ المسلمين أقربُ إلى مقصود الشّرع؛ لأنّا نقطع أنَّ الشّارع يَقصد تقليلَ القتلِ كما يقصد حسمه عند الإمكان، فحيث لم يُقدَر على الحسم فقد قدرنا على التّقليل. وهذه المصلحة عُلِمَ بالضّرورة كونُها مقصودةً للشّارع لا بدليل واحد، بل بأدلّة خارِجة عن الحصر، ولكن تحصيل هذا المقصود بهذه السّبيل وهو قتل من لم يجترح ذنبا لم يشهد

---

[١] مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ٢/١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون، ونقل ذلك عن الأبياري أبو حفص الفاسي في شرح الزقاقية: الملزمة ٣٥، ص٧.

[٢] الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠.

[٣] الغزالي، المستصفى ١/٤٢١، القرافي، شرح التنقيح ٤٤٦، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/١٠٩-١١٠.

[٤] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٦، السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/١٧٨.

[٥] السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/١٧٩، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[٦] الغزالي، المستصفى ١/٤٢٤، السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/١٧٩، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[٧] الغزالي، المستصفى ١/٤٢٠-٤٢١.

[٨] السبكي، الإبهاج شرح المنهاج ٣/١٧٨.

[٩] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٦.

له أصلٌ مُعيّنٌ. وهذه المسألة مما ينطبق عليها الشَّروط الثَّلاثة التي ذكرها الغزاليّ: من كونها ضروريَّة وكُليَّة وقطعيَّة[1].

المذهب الخامس: قَبولُ المصلحة المرسلة إنْ كانت في رُتبة الضَّرورة أو الحاجة، لا إنْ وَقَعَت في رُتبة التَّحسين والتَّزيين.

وهذا ما ذهب إليه الغزاليّ قبلُ في كتاب "شفاء الغليل"؛ فالمصلحةُ المرسلة مقبولةٌ عنده ما لم تَنحدِر إلى رُتبة التّحسين والتَّزيين؛ غيرَ أنَّ المذهب المعتمد عنده هو ما سَبَقَ؛ لأنّ تأليفه للـــ"مستصفى" كان بعد كتاب "شفاء الغليل"[2].

المذهب السَّادس: التَّفريقُ بين العبادات والمُعاملات، فتُقبل المصلحة المرسلةُ في المُعاملات دون العباداتِ.

وهذا مذهبُ الأبياريِّ[3] والشَّاطبي[4]، ونسباه للمذهب المالكيِّ.

والذي يظهر لي أن عدَّ هذا مذهبا ليس بالقويم؛ لأنَّ إخرج المصالح المرسلة عن مجال العبادات ممَّا لا يُعلم فيه مُخالفٌ على الجُملة؛ لعدم دُخول التَّعليل فيها على التَّفصيل.

الفرع الثَّاني: مذهب الغزّاليّ والتَّعقيب عليه:

وقد اعتَرَضَ المالكيَّةُ وغيرُهم مذهبَ الغزاليّ من الجِهات التَّالية:

أوَّلا: إنَّ الشُّروط التي وضعها الغزاليُّ تُخرجُ المسألةَ عن أنْ تكون مُختلَفا فيها؛ لأنَّ اعتبارَ المصلحة بهذه القُيود من المقطوع به في الشَّريعة الأخذُ بها ولا مُخالف عندها، وعلى هذا فإنَّ هذا لا يُعتبر من المصالح المرسلة التي خاض فيها الخائِضون، وتنازع فيها المتنازِعون.

قال أبو العباس القُرطبيُّ: «هي بهذه القُيود لا ينبغي أنْ يُختَلَف في اعتبارها»[5].

---

[1] الغزالي، المستصفى ٤٢٠/١-٤٢١، الإبهاج شرح المنهاج ١٧٨/٣، الزركشي، السبكي، البحر المحيط ٨٧/٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦.

[2] الغزالي، شفاء الغليل ٢٠٩، الشاطبي، الاعتصام ١١١/٢-١١٢، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[3] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، أبو زرعة العراقي، الغيث الهامع في شرح جمع الجوامع ٧٢٥/٣، الزركشي، تشنيف المسامع ٣٠٢/٣.

[4] الشاطبي، الاعتصام ٥٧/٣، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[5] الزركشي، البحر المحيط ٨٧/٨.

وقال تاج الدِّين بنُ السُّبْكيّ: «إنَّ فرض المسألة بالشُّروط المذكورة ممَّا عُلِمَ من الشَّرع اعتبارُه قطعاً، وليس من المرسل المختلَف فيه»[١].

ثانياً: وقد اعترض بعضُ المالكيَّة على الغزاليّ بما محصِّلُه أنَّ هذه الشروط التي وَضَعَها ممَّا لا وُقوعَ له في الخارج؛ فهي شروط لا تُتصوَّر إلا في الذِّهن؛ وعليه فإنَّ مآل مذهب الغزاليّ هو عدم القول بالمصالح المرسلة رأساً.

قال الأبياريُّ: «ما قاله غيرُ صحيح و لم يُبْد دليلا على ما ادّعاه، بل اقتصر على مُجرَّد الدَّعوى، واعتبارُه القيود الثَّلاثة وهي كونُه ضروريةً قطعيَّة كُليَّة **أمرٌ لا يُتصوَّر وقوعٌ له في الشَّريعة أصلا**»[٢].

وأمَّا **ابن المنير** فقال: «هو احتكام من قائله، ثمَّ هو تصويرٌ بما لا يُمكِنُ **عادةً ولا شرعا**: أمَّا عادة فلأنَّ القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه، إذ هو غيبٌ عنها. وأما شرعاً فلأنَّ الصَّادق المعصوم أخبرنا بأنَّ الأمَّة لا يتسلَّطُ عدوٌّ عليها ليستأصل شَأفتَها، قال: وحاصل كلام الغزاليِّ ردُّ الاستدلال؛ لتضييقه في قَبوله باشتراط ما لا يُتصوَّرُ وُجودُه»[٣].

الفرع الثَّالث: مذهب الجُوينيِّ والتَّعقيب عليه:

المذهبُ الذي اختاره الإمامُ الجُوينيّ وعزاه للشَّافعي رحمه الله هو أنَّ المصالح التي تكون قريبةً من المصالح التي اعتبرها الشَّارعُ في جملة أحكامه-: تكون مُعتبرة، أمَّا إذا تناءت هذه المصالحُ وبعُدت عن المصالح التي عُهِدَ من الشَّارع الالتفاتُ إليها، والجريُ على منوالها، والسُّلوك في سبيلها-: فإنَّ هذا النَّوع من المصالح لا اعتمادَ عليه، ولا تعويلَ على ما كان من هذا القَبيل، وأَخَذَ في هذا السَّبيل.

قال الجُوينيُّ: «فإنْ قيل: فما معنى التَّقريبِ الذي نسبتُموه إلى الشَّافعيّ؛ قُلنا: هذا محزُّ الكلام ونحن نقول: قد ثبتت أصولٌ مُعلَّلة اتَّفق القايسون على عللها فقال الشَّافعيّ أتَّخذُ تلك العِللَ مُعتصَمي، وأجعلُ الاستدلالاتِ قريبةً منها وإنْ لم تكُن أعيانَها حتَّى كأنَّها مثلا أصول،

---

[١] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١-٤٠٢، الزركشي، تشنيف المسامع في شرح جمع الجوامع ٣/٣٠٠.

[٢] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١-٤٠٢.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٧. وتعقب الزركشي اعتراض ابن المنير بقوله: «لا حجة له في الحديث؛ لأن المراد كافة الخلق، وصورة الغزالي إنما هي في أهل محلة بخصوصهم استولى عليهم الكفار، لا جميع العالم». الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٧-٨٨.

والاستدلالُ معتبرٌ بها، واعتبارُ المعنى بالمعنى تقريباً أوْلى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامِع؛ فإنَّ مُتعلَّق الخصم من صورة الأصل معناها لا حكمها، فإذا قرب معنى المجتهد والمستدل فيما يجتهد إلى الشَّرع ولم يرده أصل كان استدلالا مقبولا»[١].

وكان للأبياريّ المالِكيّ نظرٌ قويّ فيما نَحَا إليه الإمام الجُوينيّ؛ محصِّلُه أنَّ التَّقريب الذي ادَّعاه الجوينيُّ لا تحقيقَ فيه؛ لأنَّ القُربَ والبُعد لا ضابط لهما ولا حدَّ يوقف عندهما، إذْ إعمالُ المصلحة له طَرَفان: الأوَّلُ: إعمالُها في الوجه الأخصّ وهو المؤثّر؛ وهذا بابُه القياس؛ والطَّرفُ الثَّاني: اعتبار جنس المصالح الشَّرعية مُطلقا؛ وهذا هو المصالح المرسلة التي قال بها المالكيَّة. ولا واسطةَ بين الطَّرفين؛ لانعدام الضَّابط.

قال الأبياريّ رحمه الله في "شرح البُرهان" بعد أنْ نقل عن الجويني نصَّه السَّابق في تفسير معنى التَّقريب: «يُقال له: **هذا التَّقريب ما حدُّه وما المُراد منه**، وفي أيِّ جِهة يُشترط التَّقارُب، أفي مُجرَّد مصلحة أو في وجه آخر أقربَ من ذلك؟:

فإنْ اكتفى بمجرَّد التَّقارُب في المصلحة أُعمِلَت جميعُ المصالح؛ وإنْ اشترط الاشتراكَ في الوجه الأخصّ؛ فهو المؤثّر بعينه، وبين الدَّرجتين رُتبٌ متفاوتة في القُرب والبعد لا تَنضبِط بحال»[٢].



[١] الجويني، البرهان فقرة ١١٤٢، وانظر: الجويني، البرهان فقرة ١١٣٠، ١١٣١، الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٥.

[٢] أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة ٣٥، ص٨، ونقل هذا النص عن أبي حفص علال الفاسي في كتابه مقاصد الشريعة ١٤٥-١٤٦.

المبحث الثَّاني:

المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله

تمهيد: بعدَ بيانِ مفهوم المصالح المرسلة ومذاهبِ العلماء في حُجِّيَّة هذا الأصل الاجتهاديّ؛ نأتي على تجلية مذهبِ المالكية والتَّحقيق فيه: في حُجيَّة هذا الأصل، وفي الشُّروط المشترطة لإعماله والتَّفريع على مُقتضاه، وفي المجالات التي يكون لهذا الأصلِ جولانٌ فيها؛ وعليه فإنَّ هذا المبحث سينتظم خمسة مطالبَ؛ هي:

المطلب الأوَّل: حجّية المصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الثَّاني: التَّحقيق فيما عَزاه الجوينيّ للإمام مالك.

المطلب الثَّالث: مدى تفرُّد المالكيَّة بأصل المصالح المرسلة.

المطلب الرَّابع: شُروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الخامس: مجالُ العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ.

المطلب الأوّل: حجيَّة المصالح المرسلة في المذهب المالكيِّ:

لقد تتابَع عُلماءُ المذهب المالكيّ على نسبة القول بالمصالح المرسلة إلى مالك، وإلى عَدِّ هذا الأصل من الأصول التي تميَّز بها المذهب المالكيّ إمَّا على سبيل التَّفرُّد المُطلق به وإمَّا على سبيل كثرة التَّفريع على وفقه –كما سيأتي بحثه في موضعه-.

فالمصلحة تُسايِرُ الاجتهادَ المالكيَّ في أي وِجْهَة هو مُوَلّيها، وهي مُشايِعةٌ له في أيِّ شِعبٍ من شعاب النّظر سَلك؛ فالمصلحة بحقّ هي "قُطبُ الرَّحَى في المذهب المالكيّ"[1]، وهذه مزيَّةٌ مُنيفة تجعل هذا المذهب أسدَّ المذاهب في الالتفات إلى المصالح التي راعاها الشَّارع في أحكامه، وأحسنَها في مُسايرَة طبيعة التَّطور الحاصل في الحياة، وأجودَها في النَّظر إلى مصالح النَّاس تحصيلا لها ورفعا للحرج المتوقّع أو الواقع بالخلق؛ ممَّا يكفُل لهذه الشَّريعة الخالدة الصُّلوحيَّة للتَّشريع في كلِّ زمان ومكان، من غير أن تَحرُج بالنَّاس عن سماحة الإسلام ويُسرِه.

وهذا القاضي ابنُ العربيّ قَيِّمُ مذهب مالك ومُحقِّقه يُبرز أنَّ نظر مالك يختلف عن نظر غيره من الأئمة بأنَّه أكثرُ لحظا للمصالح واعتباراً لها في اجتهاداته؛ فقال في مسألة اختلف فيها مالك والشَّافعيّ رحمهما الله تعالى: «**والشافعي ومن سواه لا يلحظون الشريعة بعين مالك رحمه الله، ولا يلتفتون إلى المصالح، ولا يعتبرون المقاصد، وإنما يلحظون الظواهر وما يستنبطون منها**»[2].

وكلامُ ابنِ العربيّ وإن كان فيه من التَّعميم الذي ليس يُرضى ولا يُوافَقُ عليه؛ إلاَّ أنَّ أصل تميُّز مالك وأصحابِه بالنَّظر المصلحيِّ ممَّا لا يُمكن أنْ يَدفعه مُنصفٌ.

وفي هذا المقام أُورد نصوصاً من أئمَّة المذهب المالكيِّ في تقرير هذا الأصل أصلا لمالك وأصلا للمذهب المالكيِّ:

قال ابن العربيّ: «...عول مالك رحمه الله في هذه المسألة على المصلحة، وهي أحدُ أركان [أصول] الفقه على ما بيَّناه...»[3].

---

[1] أبو زهرة، مالك ص/٣٣٥.

[2] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/١٢٥.

[3] ابن العربيّ، القبس ٤/١٥٠.

وقال ابنُ رشد الحفيدُ في "بداية المجتهد" عن القياس المرسل: «....وقد أنكره كثيرٌ من العلماء، **والظَّاهر من مذهب مالك القول به**»[١]، وقال في موضع آخرَ: «**مالك رحمه الله يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها**»[٢]، وقال: «... القياس المرسل أعني المصلحي الذي كثيرا ما يقول به مالك»[٣].

وقال ابنُ رشد الحفيد في كتاب "الضروري في أصول الفقه": «وقد عُذِلَ مالكٌ رحمه الله على هذا؛ فإنَّه كثيرا ما يلتفت إلى هذا الجنس»[٤].

قال القرافي في الذخيرة: «المصلحة المرسلة قال بها مالك ﷺ وجمع من العلماء»[٥].

وقال ابن السراج: «تقرر من أن مذهب مالك رضي الله عنه القول بالمصالح المرسلة، وهي أن تكون المصلحة كلية محتاجا إليها..»[٦].

وقد عَدَّ هذا الأصلَ من قواعد المذهب وأصوله غيرُ واحد من أئمَّة المذهب، منهم الدردير حيث قال: «منْ قواعِدِ مذهبِه مُراعاةُ المصالِح العامة»[٧]. وقال النَّفراوِيُّ في تناوله لبعض المسائل المبنيَّة على المصلحة: «...فالعمل بها من المصالح العامة التي بنى عليها الإمام مذهبه»[٨].

وعزاه للمالكيِّة المقَّرِيُّ في مواضع من قواعده؛ قال: «الالتفات إلى المصلحة من قبيل المرسل الذي تُثبتُه المالكيَّة ويُنكرُه الجمهور باللِّسان، وإن قلَّ منهم من يَسلَمُ من الوُقوع فيه»[٩].

وقال في مسألة قال فيها الجويني بالمصلحة المرسلة: «وهذا بالمالكيَّة وأهلِ المصالح المرسلة أوْلى، بل هو وجهُ مذهبهم»[١٠].

---

[١] ابن رشد، بداية المجتهد ٣/٣٨.

[٢] المصدر السابق ١/٣٥.

[٣] المصدر السابق ٢/٣٢٧.

[٤] ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه ص١٢٨.

[٥] القرافي، الذخيرة ١٠/٤٥، ابن فرحون، التبصرة ٢/١٥٣.

[٦] المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٢٢٦.

[٧] الدردير، الشرح الكبير ٤/١٧٤، الصاوي، بلغة السالك ٤/١٤٧،

[٨] النفراوي، الفواكه الدواني ٢/١٨١.

[٩] المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

[١٠] المقري، القواعد رقم ١١٦٠.

ونَسَبَ هذا الأصل لمالك ابنُ عاشور حيث قال: «وقد اعتبرها مالك....متى تحققت المصلحة أو قربت»[1].

هذا؛ وقد وقعتُ على نصٍّ غريب لابن مرزوقٍ يُفيدُ أنَّ بعضاً من أئمة المذهب أنكروا أنْ يكون الأخذُ بالمصالح المرسلة من مذهب مالك، قال ابنُ مرزوق في جوابه عن بعض النوازل: «...وبالجملة فهذه المسألة من **المصالح المرسلة التي نسبها أكثر العلماء لمالك؛ وأنكر ذلك بعض كبار مذهبه (كذا)...»**[2] أي أنكروا نسبة هذا المذهب إليه.

ونقلُ ابنِ مرزوق يُعدُّ من مُستغرَب النُّقول؛ إذ لم أجد -على كثرة البحث في هذا الموضوع- من أئمَّة المذهب من أنكر أن يكون هذا الأصل من أصول مالك.

ولعلَّ ما أنكره بعضُ المالكية هو ما عزاه الجوينيُّ ومن تابعه من الشَّافعية لمالك من الاسترسال في الاعتماد على المصالح المرسلة من غير أن تكون هذه المصالحُ جاريةً على سَنَن المصالح المعتبرة في الشَّرع؛ وهذا باطلٌ عزْوُه لمالك، وقد تبرَّأ من هذه النِّسبة غالبُ المالكيَّة كالأبياريّ وغيره؛ كما تقدم الإلماع إليه.

نعم؛ قد عارَض بعضُ المالكيَّة في الاحتجاجِ بالمصالح المرسلة مُطلقا، ومنهم مَن تردَّد في قَبوله وردِّه، وتأرجَح بين الأخذ به واطِّراحه.

وممَّن وقفتُ على أنَّهم عارضوا القول بالمصالح أو ترددوا من المذهب المالكي: أبو بكر الباقلاَّنيّ، وابنُ رشد الحفيدُ وابنُ الحاجب والمقَّريُّ:

أمَّا أبو بكر الباقلاني فقد تقدم في ذكر المذاهب ما ارتضاه من ردِّ الاستدلال المرسل مُطلقا.

وأمَّا ابن رشد الحفيد فأنبه إلى أنه وإن كان يُحسب على المذهب المالكيّ بحُكم البيئة التي نَشأ فيها وهي الأندلس، وبحكم المنصب الذي كان يتبوَّؤه وهو القضاء[3]؛ فإنَّ الإمام حُرُّ الرَّأي ليس تابعا فيما يُقرِّرُه لأيِّ مذهب؛ وهذا كتاب "بداية المجتهد" لَهُ: مَنْ نَظَرَ فيه وفي ترجيحاتِه لا يكاد يصِلُ إلى أنَّ مؤلِّفه مالكيٌّ ينتصِرُ لمذهب مالك أو لغيره، لذلك فإنَّ ما يذهب إليه ابنُ

---

[1] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩.

[2] المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٣٥٠.

[3] وكانوا في الأندلس لا يولون خطة القضاء إلا لمن يحكم بالمذهب المالكي، بل بقول ابن القاسم خاصة.

رُشد لا يُعدُّ تخريجا ولا وجها في المذهب، وإنَّما هو اختيار منه. وما قيل في ابن رشد يقال كذلك في حق الباقلاَّنيّ.

ومن خلال تتبُّع أقوال ابنِ رشد الحفيد في كتاب "بداية المجتهد" وكتاب "الضَّروري في أصول الفقه" حصل لي أنَّ مذهب ابنِ رشد الحفيد في المصالح المرسلة هو مذهب المتردِّد الذي لا يجنح إلى أي طرف من قبول أو ردٍّ، فهو من جهة يجعل القول بالمصالح المرسلة استئنافَ شرعٍ جديد؛ وهذا ممَّا لا يجوز إجماعا؛ قال ابنُ رشد الحفيد في مسألة كان مدرك مالك فيها المصلحة: «...**وهذا هو بأن يكون شرعا زائدا أشبه منه بأن يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت**؛ ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل؛ وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه؛ ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها»[١].

وقال ابن رشد الحفيد في مسألة نكاح المريض: «ورَدُّ جواز النكاح بإدخال وارث قياسٌ مصلحيٌّ لا يجوز عند أكثر الفقهاء، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة، **حتى إنَّ قوما رأوا أنَّ القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان...**»[٢].

ثمَّ إنه يُقِرُّ في المقابل أنَّ التَّوقُّف عن الاعتماد على المصالح المرسلة يُفضي إلى الحَيْدَة عن العَدل في بعض الوقائع، قال ابن رشد الحفيد في مسألة نكاح المريض: «...حتى أن قوما رأوا أنَّ القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان. **والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السَّنَن التي في ذلك الجنس إلى الظُّلم...**»[٣].

---

[١] ابن رشد، بداية المجتهد ٣٥/١.

[٢] المصدر السابق ٨١/٣-٨٢.

[٣] المصدر السابق ٨١/٣-٨٢.

كما يُقرِّرُ أنَّ القول بالمصالح المرسلة في بعض الأحيان هو كالضَّروريّ، قال: «...وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك؛ **ولكنه كالضروري في بعض الأشياء**»[١].

وبعدَ عرضه لهذا التَّردّد يقرّر أنَّ الأوْلى فيما كان هذا سبيلُه أن يُفوَّض أمرُه **إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها.** قال في مسألة نكاح المريض: «**...فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها...**»[٢].

على أنَّ ابن رشد الحفيد في كتاب "الضَّروريّ" كان ميَّالاً أكثرَ إلى ردِّ الاستدلال المرسل منه في كتاب "بداية المجتهد"؛ قال في "الضَّروريّ": «..فإنَّ كثيراً من القائلين بالقياس لا يقول به**...وحُقَّ لهذا الصنف أن يرفض ولا يجعل دليلا شرعيّا**؛ لأنَّه كثيرا ما تتشعَّب المصالح وتختلف، وذلك بحسب وقت وحالة حالة. والقائلون بمثل هذا ليس هم في الحقيقة مستنبطين عن الشَّرع، بل هم شارِعون. ومثلُ هذا قول بعضهم: يحدث للناس أحكام بقدر ما أحدثوا من الفجور، أو قول شبيه بهذا. وقد عُذِلَ مالكٌ رحمه الله على هذا؛ لأنَّه كثيراً ما يلتفت إلى هذا الجنس»[٣].

إلاَّ أنه قال قبل ذلك: «النَّظر في المصالح قد نَدَبَ إليها الشَّرع؛ لكن بمقدار ما وبحدٍّ ما، وهو ما شهد لنا بكونها أو كون جنسها مصلحة»[٤].

أما ابن الحاجب فقد رجح في مختصر الأصلي أن المصالح المرسلة ليس من حجج الشَّرع[٥].

أمَّا المقَّريُّ فإنِّي لم أتبيَّن له مذهبا في المسألة على وجه الجزم؛ إلاَّ أنَّه يُلحظ عليه نوع تردُّد في المسألة، فمن كلامه:

قال: «قاعدة (٥٦٩): حكم الشَّيء إنَّما يُعتبر بأصله لا بحسب عوارضه، فيقال: النِّكاح مندوب إليه، والطَّلاق مباح، ونحو ذلك. ومال المتأخِّرون من المالكيَّة والشَّافعيَّة إلى اعتباره

---

[١] المصدر السابق ٤/٦٠.

[٢] المصدر السابق ٣/٨١-٨٢.

[٣] ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه ص١٢٨.

[٤] المصدر السابق ص٩٨.

[٥] الرهوني، تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السول ٤/٢٤١-٢٤٢، ١٠٩.

بعوارضه، فقسَّموا النِّكاح إلى أربعة أقسام أو خمسة عددَ الأحكام؛ قال الحفيدُ: وهذا هو المرسل الذي أكثر النَّاس على عدم قبوله. **قلتُ: مع أن مثل ذلك يجري في أركان الإسلام وغيرها، ومثله هدم لمباني الشريعة»**[1].

وتعليقُه على ذلك بأن صنيع الفقهاء هو هدمٌ للشَّريعة ممَّا يوحي بأنَّه منكر لمسلك الاستصلاح، حائد عنه، وغيرُ ناصر له، ولا راضٍ به؛ ولكن يحتمل أنَّ إنكاره إنَّما هو فيما سَلَكَه بعضُ الفقهاء من لحظ العوارض في تقرير الأحكام، والأصلُ أنْ يُحرَّر الحكم ويُقرَّر كحكم تجريديٍّ دون لحظ العوارض؛ وإنَّما تُلاحظ هذه العوارض حالَ التَّطبيق والتَّنـــزيل؛ وعليه فقد يكون الإنكارُ على غير أصل الاستصلاح؛ قال المقَّريُّ: «الغزاليُّ واللَّخميُّ وغيرُهما ربما قسموا أحكام الشَّيء على حسَب بعضِ العوارض؛ والوجهُ ألاَّ يُفعل ذلك وأنْ يوقَفَ بالأمر عند حكمه الذي هو له من حيث هو هو؛ لأنَّ الالتفات إلى المصلحة من قبيل المرسل الذي تُثبته المالكيَّة ويُنكره الجمهور باللِّسان، وإن قلَّ منهم من يسلم من الوقوع فيه»[2].

على أنَّ المقريَّ ممَّن ينتقد أصلَ الاستحسان كما سيأتي في موضعه؛ وما الاستحسانُ إلاَّ أخذٌ بالمصالح المرسلة واستمساكٌ بها؛ وهذا ممَّا يُقوِّي جانبَ نسبة إنكارِه لأصل الاستدلال المرسل.

المطلب الثَّاني: التَّحقيق فيما عزاه الجوينيُّ للإمام مالك:

من تتبُّع نُصوص إمام الحرمين في "البرهان" وفي كتاب "الغياثيّ" رأيتُ أنَّ الجوينيَّ عزا لمالك أُمورا ينبغي التَّحقيقُ فيها؛ فكثيرٌ ممَّن جاء بعده رحمه الله اتَّخذ من كلامه قُدوة في نسبة مذاهب لمالك لا يقول بها على الصّورة والهيئة التي تمَّ فيها العزو والإضافة. فهناك أمورٌ نسبها إلى مالك أُورِدُها وأَعرِضُها من كلامه؛ ثم أُقفِّيها بالمناقشة:

الأمر الأوَّل: الاسترسال في الأخذ بالمصالح المرسلة البعيدة عن المصالح المألوفة للشَّارع في تصرُّفاته:

[1] المقري، القواعد رقم ٥٦٩.

[2] المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

نَسبَ الجوينيُّ لمالك أنه يسترسل في الأخذ بالمصلحة من غير أن تكون من جنس المصالح التي قامت الشَّريعةُ بالشَّهادة لها؛ قال الجوينيّ: «وقد اشتهر مذهبُه في استصلاحات مُرسلة يراها **انسلَّت تلك القواعد عن ضبط الشَّريعة**»[١].

ثمَّ قال مبيِّنا معنى التَّقريب وانتقاده لمالك في استرساله بالأخذ بالاستدلال المرسل-: «والذي نُنكره من مالك ﷺ تركُه رعاية ذلك وجريانه على الاستدلال في الاستصواب من غير اقتصاد»[٢].

الأمر الثَّاني: الدليل الذي اجتلبه الجوينيُّ فيما أضافه للإمام مالك؛ أنَّ إمام دار الهجرة قد أفرط في بعض السياسات التي لا تقتضيها أصولُ الشَّرع كالقتل استصلاحا وأخذ المال عقوبة؛ فهذا من صنيع مالك دلَّ الجوينيَّ على المذهب الذي نسبه إليه.

قال إمام الحرمين: «وأفرط الإمام إمامُ دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستدلال فرُئي يُثبت مصالح **بعيدةً عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشَّريعة**، وجرَّه ذلك إلى **استحداث القتل** و**أخذ المال** بمصالح تقتضيها في غالب الظَّنّ وإن لم يجد لتلك المصالح مُستندا إلى أصول...»[٣].

فغالبُ إنكار الجوينيِّ على مالك في المصالح المرسلة كان متَّجها إلى مسائل تتعلَّقُ بالسِّياسة في التَّعزير، كما قدمته..وأسند الجوينيُّ مدرك مالك في هذه المسائل إلى بعض الآثار المرويَّة عن بعض الصَّحابة جعلها مالكٌ أصولا وبَنَى عليها، ثم قرر الجويني أنَّ تلك الأصول محتملة ولا تفيد ما نحا إليه مالك.

قال الجويني عن الإمام مالك رحمه الله: «ولكنَّه ينحلُّ بعضَ الانحلال في الأمور الكُلِّيَّة، حتَّى يكاد أن يُثبت في الإيالات والسِّياسات أُمورا لا تُناظِرُ قواعد الشريعة، وكان يأخذها من وقائع وأقضيةٍ لها محاملُ على موافقة الأصول بضرب من التَّأويل؛ فكان يتمسَّك بها ويتَّخذُها أصولاً، ويبنى عليها أمورا عظيمة»[٤].

---

[١] الجويني، البرهان فقرة ١٤٩٩.

[٢] المصدر السابق فقرة ١١٥٣.

[٣] المصدر السابق فقرة ١١٢٩.

[٤] المصدر السابق فقرة ١١٨١.

ثمَّ ضَرَبَ لذلك أمثلة فقال: «كما روي أن عمر ﷺ قال للمغيرة وكان قد أخذ قذاة من لحيته فظن عمر به استهانة فقال: "أبِنْ ما أَبَنْتَ وإلاَّ أبنتُ يدَك"، ونقل عنه مُشاطرة خالدٍ وعمرِو بنِ العاص على أموالهما؛ فاتَّخذ ذلك أصلا **فرأى إراقة الدم وأخذ أموال بتهم** من غير استحقاق؛ لمصالح إياليَّةٍ حتَّى انتهى إلى أن **قال أقتُل ثلث الخلق في استبقاء ثلثيهم.**

وكان من الممكن أن يحمل قول عمر ﷺ على التَّغليظ بالقول، وكانوا يعتادون ذلك، وكذلك من بعدهم، وأخذُه الأموال محمولٌ على علمه بانبساط خالدٍ وعمرو فيما لا يستحقَّان من مال الخُمس وأموالِ المسلمين، ولا يبلغ من حزم عُمرَ درك مبلغ ذلك. فإذا أمكنَ هذا فلا وجهَ لإطلاق أيدي الولاة في الدِّماء والأموال»[1].

الأمر الثَّالث: ومن الغريب أن الجوينيّ بعد نسبته لمالك ما تقدم من دون أي تردد في ذلك عاد وأثار تشككا فعلق صحة ثبوته فيما يروى عن مالك من الاسترسال المعيب في الاستصلاح:

قال الجوينيُّ متشكِّكا في نسبة القول بالاستدلال المرسل –على وَفق ما عزاه له-: «وأمّا ما ذكره –أي الباقلاني- من خروج الأمر عن الضَّبط والمصير إلى انحلال وردّ الأمر إلى آراء ذوي الأحلام؛ فهذا إنَّما يلزم مالكا ﷺ ورهطَه؛ **إنْ صحَّ ما روي عنه**»[2].

ثمَّ بعد ذلك خطَّأ من ظنَّ أنَّ مالكا يسترسل في الاستصلاح مُطلقا؛ وإنَّما وجهة مالك فيما عِيب عليه كان اعتمادا منه على قضايا مرويَّة عن الصَّحابة جعلها أُصولاً وبَنَى عليها، لا على أنَّ من مذهبه الاسترسالَ مع الاستدلال المرسل في أبواب الفقه كلِّها.

قال إمامُ الحرمين رحمه الله: «ومَن ظنَّ ذلك بمالك ﷺ فقد أخطأ؛ فإنَّه قد اتَّخذ من أقضية الصَّحابة ﷺ أُصولا وشبَّه بها مأخذَ الوقائع فمال فيما قال إلى فتاويهم وأقضيتهم؛ فإذاً لم ير الاسترسالَ في المصالح ولكنَّه لم يُحِطْ بتلك الوقائع على حقائقها»[3].

هذا مُجمل ما وَقَع للجوينيّ فيما عزاه للإمام مالك، ويلُوح منه غايةُ الاضطراب والتَّردد؛ وسأتناول مناقشة ما ورد في كلامه فيما يأتي:

---

[1] المصدر السابق فقرة ١١٨١.

[2] المصدر السابق فقرة ١١٣٨.

[3] الجويني، البرهان في أصول الفقه فقرة ١٢٥٥. على أن الجويني ينسب لمالك أنه متمسك بمطلق المصلحة حتى لو لم يثبت أن الشارع اعتبر جنسها، وهذا ما لم يقل به مالك ولا سلك سبيله، وسيأتي تجلية ذلك في قابل المباحث.

مناقشة الجوينيّ فيما نسبه لمالك:

وبعد هذا العرض لكلام الجويني أنتهي إلى النَّظر فيما جاء فيه، وسأطرق ذلك من خلال أمرين:

الأوَّل: استرسال مالك في الاستصلاح من غير ضابط يرجع إليه:

الثَّاني: التَّحقيق فيما نسب لمالك من القتل استصلاحا:

الأمر الأوَّل: استرسال مالك في الاستصلاح من غير ضابط يرجع إليه:

هذا النَّقلُ من الجوينيِّ لاقى من أئمَّة المالكيَّة الرَّدَّ والإنكار، فمالك لا يتعلَّق بمُطلق المصلحة، ولا يجري وراء المصالح التي يثبتها العقلُ المحض؛ بل إنَّ مذهبه الذي هو معلوم عند أصحابه أنَّ المصالح المعتبرة عنده هي ما كانت على نَسَقَ المصالح التي اعتبرها الشَّرعُ في أحكامه وتصرُّفاته. وعلى هذا فليس بين مذهب مالك ومذهبِ الشَّافعي الذي عزاه الجوينيُّ له من فرق، بل هما عينُ المذهب وذاتُه.

قال الأبياريُّ: «إنَّا قلنا: لسنا نُريد بالمصلحة في هذا المكان مجرَّدَ جلبِ المنفعة ودفع المضرَّة؛ وإنَّما نُريد بها المحافظة على رعاية مقصود الشرع...وعلى الجملة **فليس بين مذهب مالك والشافعي فرق بوجه**، وأمَّا الإمام فإنَّه يقصد أنْ يُفرِّق بين المذهبين؛ وهو لا يجد إلى ذلك سبيلا أبداً»[١].

وقال الشاطبي: «**الاستدلال المرسل** الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنه **وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي**»[٢].

وكذلك استنكره أبو العباس القرطبيُّ فقال: «ذهب الشَّافعيّ ومعظم أصحاب أبي حنيفة إلى الاعتماد عليه، وهو مذهب مالك. قال: وقد اجترأ إمام الحرمين وجازَف فيما نَسَبَه إلى

---

[١] مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفي ١٧-١٨، نقلا عن شرح البرهان للأبياري ٢/١١٨-١٢٧، مخطوط مكتبة برنستون، ونقل هذا النص كذلك عن الأبياري أبو حفص الفاسي في شرح الزقاقية: الملزمة ٣٥، ص٧.

[٢] الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠.

مالك من الإفراط في هذا الأصل. وهذا لا يوجد في كتاب مالك، ولا في شيء من كتب أصحابه»[١].

وقال ابن الشَّمّاع: «وقوله -أي قول أبي المعالي- مالك يبني مذهبَه على المصالح كثيرا؛ فيه نظرٌ لإنكار المالكيَّة ذلك إلاَّ على وجه مخصوص؛ حسبما تقرَّر في الأصول»[٢].

الأمر الثَّاني: التحقيق فيما نسب لمالك من القتل استصلاحا:

ممَّا نقله أبو المعالي عن مالك إجازتُه قتلَ ثُلث الأمَّة لاستصلاح ثلثيها، وجَعل يُشنِّع على مالك، وأنَّ الذي أداه إلى هذا القيل هو استرسالُه في الاستصلاح من دون ضابط:

قال الجوينيُّ: «...ومالك ﷺ التزم مثل هذا في تجويزه لأهل الإيالات القتلَ في التُّهم العظيمة؛ حتى **نقل عنه الثقات أنه قال أنا أقتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها**»[٣].

وقال الجوينيُّ: «وبيانُ ذلك بالمثال أنَّ مالكا لَّما زلَّ نظرُه كان آثر ذلك **تجويز قتل ثلث الأمة**، مع القطع بتحرّز الأوَّلين عن إراقة محجمة دم من غير سبب متأصل في الشَّريعة، ومنه تجويزه التأديب بالقتل في ضبط الدولة وإقامة السياسة. وهذا إن عُهِدَ فهو من عادة الجبابرة؛ وإنَّما حدثت هذه الأمور بعد انقراض عصر الصحابة»[٤].

وقال الجويني في "الغياثي": «...ثمّ التَّعزيرات لا تبلغ الحدودَ على ما فصَّله الفقهاء. وما يتعيَّن الاعتناء به الآن...أنَّ أبناء الزَّمان ذهبوا إلى أنَّ مناصب السَّلطنة والولاية لا يستدُّ إلاَّ على رأي مالك ﷺ؛ وكان يرى الازديادَ على مبالغ الحدود في التَّعزيرات، ويسوّغ للوالي أن يقتل في التَّعزير، **ونقل النَّقلة عنه أنَّه قال: للإمام أنْ يقتل ثُلثَ الأمَّة في استصلاح ثلثيها**»[٥].

والسَّواد الأعظمُ من المالكيَّة يتفصَّوْن من نسبة هذا القول عن مالك، وينفون أن يكون منقولا عنه بله أن يكون ثابتا؛ غيرَ أنَّا نجد في المقابل بعضَ المالكيَّة يستروِحون لنقل الجوينيِّ ويُتابعونه فيه ويجارونه عليه. وفي هذا المقام سأعرض لمن أيَّد هذا النَّقل من المالكيَّة أو تأوَّله، وإلى من ردَّه وأنكره:

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤.

[٢] عليش، منح الجليل ٧/٥١٤.

[٣] الجويني، البرهان فقرة ١١٥٤.

[٤] المصدر السابق فقرة ١١٥٦.

[٥] الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم ١/١٦٣.

المؤيِّدون لما عُزي لمالك:

قال الزَّرقانيُّ في شرحه على المختصر: «قال صاحبُ التَّوضيح[١] ما معناه: يجوز قتلُ ثلثِ مسلمين مفسدين لإصلاح الثّلثين حيث تعيَّن القتلُ طريقا لإصلاح الثلثين دون الحبس أو الضَّرب؛ وإلاَّ مُنِعَ صونا للدِّماء ...»[٢]، وتبعَ النَّفراويُّ الشَّيخَ الزَّرقانيَّ في عزوه هذا ونقله دون أن يعترض أو يُنكر؛ قال النَّفراويّ: «...فالعمل بها من المصالح العامَّة التي بَنَى عليها الإمامُ مذهبَه، حتى ترتب عنه العلاَّمة خليل في التوضيح أنه قال: يجوز قتل ثلث المفسدين من المسلمين لإصلاح الثلثين، حيث تعيَّن القتلُ طريقا للإصلاح، لا إن كان يحصل بنحو الحبس أو الضرب، ويعلم ذلك بقرائن الأحوال»[٣].

هكذا قالا ونقلا وأقرَّا، وخليلٌ في "التَّوضيح" إنَّما نَقَلَ هذه المقالة عن أبي المعالي الجوينيّ، وليست من كلامه هو كما يوهمه نصُّ الزّرقانيّ والنَّفراويّ رحمهما الله، وعلى هذا فالظَّاهر أن مُتمسَّك من نقل ذلك عن مالك هو ما أورده خليلُ بنُ إسحاقَ في "التَّوضيح"، فلننقل إذاً ما ذكره فيه:

قال خليل في "التَّوضيح": «وذكر أبو المعالي أنَّ مالكا كثيراً ما يَبني مذهبَه على المصالح، وقد قال: إنه يقتل ثلث العامَّة لمصلحة الثلثين، المازري: "وهذا الذي حكاه أبو المعالي عن مالك صحيح"»[٤].

فالزَّرقانيُّ ومن تبعه فَهِمَوا من كلام خليلٍ أنَّ المازريَّ أقرَّ أبا المعالي في عزوه قتلَ ثلث الأمة لاستصلاح ثلثيها لمالك، فقلَّدوا –فيما ظهر لهم- المازريَّ في ذلك، وهو الإمام في المذهب ونقله ممَّا يُعتمد عليه.

ويُعترَض على الزَّرقانيّ ومَن تَبِعَه باعتراضين:

الأول: أنَّ قول المازَرِيِّ: "ما حكاه أبو المعالي صحيح" راجِعٌ لأوَّل الكلام؛ وهو أنَّه كثيراً ما يبني مذهبَه على المصالح، لا إلى قوله: "نقل عنه قتل الثلث..."[٥].

---

[١] هو خليل بن إسحاق صاحب المختصر الفقهي، وكتاب التوضيح هو شرح لمختصر ابن الحاجب الفرعي.

[٢] الزرقاني، شرح مختصر خليل ٥٥/٧، الوزاني، المعيار الجديد ٩٣/١١. الطبعة الحجرية.

[٣] النفراوي، الفواكه الدواني ١٨١/٢، ١١٨/٢.

[٤] الحطاب، مواهب الجليل ٤٣٠/٥، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

[٥] بناني، الفتح الرباني ٥٦/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧-٥١٤.

الثاني: يحتمل أنَّ المازَريَّ حمل ما نقله أبو المعالي على مسألة تترُّس الكفّار ببعض المسلمين[١].

ومنه لا يستقيم أن يُعتمَد على ما قاله المازَرِيُّ لما عُلِمَ من احتمال كلامِه، لا سيَّما مع اعتراض غالِب المالكيَّة على هذا النَّقل وانتفائِهم منه.

المُنكرون لما عُزِيَ لمالك:

لقد تتابَع المالكيَّة على التَّبرِّي من هذا النَّقل والانتفاء منه؛ ومن نصوص المالكيَّة في ذلك:

قال ابن العربيّ: «**نَسَبَ الخُراسانيُّون الحنفيّون والشّافعيّون** إلى مالك أنَّ **هلاك بعضِ الأمَّة في الاستصلاح واجبٌ**-: وهو بَريءٌ من ذلك»[٢].

وأنكره ابنُ شاسٍ أيضا في "التحرير" على الإمام؛ وقال: «أقوالُه تؤخذ من كتبه وكتب أصحابه، لا من نقل الناقلين»[٣].

وقال أبو العِزّ المقترحُ من الشَّافعيَّة في حواشيه على "البُرهان": «إنَّ هذا القول لم يصحَّ نقلُه عن مالك؛ هكذا قاله أصحابه»[٤].

وقال القَرافيُّ في "نفائس الأصول": «وأمَّا ما نقله -أي الرَّازِيّ- من إباحة الدِّماء والأموال بما قاله؛ فالمالكيَّة لا يُساعدونه على صحة هذا النَّقل عن مالك.

وكذلك ما نقله عن الإمام في "البرهان" من أنَّ مالكا يُجيز قتل ثلث الأمَّة لصلاح الثلثين؛ المالكيَّةُ يُنكرون ذلك إنكاراً شديداً، ولم يوجد ذلك في كُتبهم، إنَّما هو في كُتُب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصلا»[٥].

وقال ابنُ الشَّمَّاع: «ما نقله إمامُ الحرمين لم ينقله أحدٌ من عُلماء المذهب»[٦].

---

[١] بناني، الفتح الرباني ٥٦/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧-٥١٤.

[٢] ابن العربيّ، القبس ٤٦٠/٣.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ٨٤/٨.

[٤] المصدر السابق ٨٤/٨.

[٥] القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧٦/٩، الحطاب، مواهب الجليل ٤٣٠/٥، بناني، الفتح الرباني ٥٥/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧، الوزاني، المعيار الجديد ١٧/٣.

[٦] بناني، الفتح الرباني ٥٦/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

وقال محمد بن عبد القادر: «هذا الكلامُ لا يجوز أن يُسطَرَ في الكتب لئلاَّ يغترَّ به بعضُ ضَعَفَة الطّلباء ، وهذا لا يُوافق شيئا من القواعد الشَّرعية»[١].

وقال الحجوي: «وأما ما نقله إمام الحرمين عن مالك من أنه يجيز قتل الثلث من الأمة لاستصلاح الثلثين؛ فقد أنكر نسبته إلى الإمام»[٢].

وقال الشيخ محمد الخضر حسين: «وقد ادعى بعض أهل العلم من غير المالكية أن الإمام مالكا أفتى بانيا على قاعدة المصالح المرسلة بجواز قتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين، والمالكية ينكرون نسبة هذه الفتوى إلى الإمام مالك أشد الإنكار ويقولون: إنها لم تنقل في كتبهم البتة، وإنما تكلموا كما تكلم غيرهم في مسألة العدو يضع أمامه الأسرى المسلمين يتترس بهم في الحرب، فأفتوا بأنه يجوز دفاع العدو بنحو الرمي متى خيف استئصال الأمة، ولو أدى الدفاع إلى قتل أولئك الأسرى من المسلمين»[٣].

وتلخص لي من اعتراضات المالكيَّة على هذا النَّقل وُجوهٌ:

الأوَّل: هذا النَّقل ممَّا تتوفَّر الدَّواعي على نقله، فلا يُقبَلُ فيه الواحد، ولو كان ممَّن أَخَذَ عن مالك؛ فكيف وبينه وبينه أعصار؟!‏[٤].

الثاني: مذاهبُ الأئمَّة لا يُعوَّل على ما وُجِدَ منها في كتب المخالفين لهم[٥] والعُمدةُ في ذلك ما نقلَه أهلُ مذهبِه، أمَّا النُّقول التي ينقلُها غيرُهم فلا يُقبل منها إلاَّ ما وافَقَ عليها أهلُ المذهب، أو كانت مرويَّةً بأسانيدَ تصحّ إلى مَن نُسبت إليه.

لذلك قال ابنُ شاس مُنكراً على الجوينيّ: «أقوالُه تُؤخذ من كتبه وكتب أصحابِه، لا من نقل النَّاقلين»[٦].

وقال القَرافي في "نفائس الأصول": «ولم يوجد ذلك في كتبهم، إنَّما هو في كتب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصلا»[١].

---

[١] بناني، الفتح الرباني ٥٦/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

[٢] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١٥٦/١.

[٣] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٦٧/٣.

[٤] الوزاني، المعيار الجديد ٩٥/١١. (الطبعة الحجرية).

[٥] الوزاني، المعيار الجديد ٩٥/١١ (الطبعة الحجرية)، المعيار الجديد ١٧/٣.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ٨٤/٨.

الثَّالث: أنَّ مالكا سُئل عن حَصر العدوِّ وفيه مسلمٌ أو مَركَبٌ للعدوِّ وفيها مسلم هل يجوز أنْ يحرق أو يغرق؟، قال: لا[٢]؛ فأوْلى أنْ لا يجيزَ قتل ثُلث الأمَّة لاستصلاح ثلثيها.

الرَّابع: اعترض بعض المالكية على ما نقله الجويني بأنَّ هذا الذي نَسَبَه لم يأخذه نقلا عن مالك وإنَّما ألزمه إيَّاه، قال ابنُ الشَّمّاع: «ما نقله إمامُ الحرمين لم ينقله أحدٌ من علُماء المذهب، و لم يُخبر أنَّه رواه نقلته، **إنَّما ألزمه ذلك**»[٣].

إلاَّ أنَّ قولَ أبي المعالي فيما تقدَّم: «**نقل عنه الثقات**» وغير ذلك من عبارات الجويني المفيدة للنقل؛ مما يعكر على ما قاله ابن الشَّماع. لكنَّ قول الجويني: «نقله الثقات» يحتمل أن يكون مراده أن ذلك مروي بالإسناد إلى مالك، ويحتمل أن يكون عزاه بعضُ الثقات إلى مالك بدون سند؛ لأن ذلك مما يشمله معنى النقل. والاحتمالُ الثَّاني هو الرَّاجح؛ لأنَّ هذا النَّقل لو كان مرويّا عن مالك بإسناد لبَان مخرجُه ولكان محطَّ اهتمام المالكية، ولَّما لم يكُن شيءٌ من ذلك دلَّ على أنَّ مُرادَ الجوينيّ من نقل الثقاتِ حكايةُ بعضِهم ممَّن عاصَرَه أو من غيرهم عن مالك ذلك القول، فيرجع السؤال حينها عن مأخذه، ويستقيم على هذا ما قاله ابنُ الشَّمَّاع من أنَّه من قبيل الإلزام، لا أنَّ مالكا قاله. كذلك فإنَّ كلام ابنِ العربيّ المتقدِّم يُشيرُ إلى هذا الذي ذَكَرَه ابنُ الشَّمّاع.

السبب في عزو هذا العزو لمالك:

لَّما علم بعضُ المخالفين أنَّ مالِكاً يقول بالاستصلاح خرَّجوا على هذا الأصل هذه المسألة وألزموا مالكا بها؛ وتُدُووِل هذا الفرع بين المتفقهين؛ حتى أُلصِقَ بمالك ولِيطَ به؛ وهو بريء منه.

ومن أجود ما وقفت عليه في تاريخ نسبة هذا القول وسببه ما قاله ابن العربيّ في كتاب القبس؛ قال: «وانتهى النظر إلى نازلة عظيمة وهي: إذا علم الأحرار من أهل السفينة أن بقاء جميعهم مهلك ، وأن خلوص بعضهم متيقن؛ **فنسب الخراسانيون الحنفيون والشافعيون** إلى مالك أن **هلاك بعض الأمة في الاستصلاح واجب-**: وهو بريء من ذلك.

---

[١] القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧٦/٩، الحطاب، مواهب الجليل ٤٣٠/٥، البناني، الفتح الرباني ٥٥/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

[٢] الوزاني، المعيار الجديد ٩٥/١١. الطبعة الحجرية، سحنون، المدونة ٥١٢/١-٥١٣.

[٣] البناني، الفتح الرباني ٥٦/٧، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

وإنما سمعوا من قوله اعتبار المصلحة فاعتبروها بزعمهم حتى بلغوا بها هذا الحد، وكان من حقهم لجلالة أقدارهم في العلم من سعة حفظهم ودقة فهمهم أن يتفطنوا لمقصده بالمصلحة، وأن يجروها مجراها **ويقفوا بها حيث انتهت**. وليس بين الأمة في هذه المسألة أنهم يصبرون لقضاء الله حتى ينفذ حكمه فيهم»[١].

المطلب الثّالث: مدى تفرُّد المالكيَّة بأصل المصالح المرسلة:

صرّح غيرُ واحدٍ مِنَ المالِكيَّة كابنِ العربيّ وبعضِ أهل المذاهب الأخرى؛ بأنّ مذهب مالك تفرّدَ بجعل المصلحة المرسلة أصلا من أصول الأدلَّة الشَّرعية، قال ابن العربيّ: «انفَرَدَ بجعل المصلحة أصلا من أصول الأحكام مالك ﷺ دونهم، ولقد وُفِّقَ فيه مِنْ بينهم»[٢]، وقال: «المصلحة وهو في كل معنى قام به قانون الشريعة وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة، **ولم يساعده على هذين الأصلين –أي: المصلحة وسد الذرائع- أحد من العلماء، وهو في القول بهما أقوم قيلا، وأهدى سبيلا**»[٣]، وقال: «وأما المقاصد والمصالح فهي أيضا مما **انفرد بها مالك دون سائر العلماء**»[٤].

وقال ابن رشد الحفيد: «..وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع إنه **ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك**»[٥].

غيرَ أنّ بعض المحقِّقين قرّروا بأنّ كونَ المصلحة المرسلة أصلاً من أصول الأحكام-: ليس ممّا تفرّد به مذهبُ مالك، بل سائرُ المذاهب على القول بها؛ إلاَّ أنَّ لمذهب المالكيَّة مزيدَ اعتناءٍ بهذا الأصل، وذلك بكثرةِ الاستناد إليه في تفريعاتهم ومسائل اجتهادهم، كما كانت المالِكيَّةُ أجسرَ

---

[١] ابن العربيّ، القبس ٣/٤٦٠. هذا؛ وقد أُثِرَ خلافُ اللَّخميِّ في مسألة السفينة؛ فقد ذكر أن المركب إذا ثقل بالناس وخيف غرقه فإنهم يقترعون على من يرمى؛ الرِّجالُ والنِّساءُ والعبيدُ وأهلُ الذِّمة فيه سواءٌ. قال ابنُ عرفة عقبه: تعقَّب غيرُ واحد نقلَ اللَّخميِّ طرحَ الذِّميِّ لنجاة غيره ، وربَّما نَسَبَه بعضُهم لخرْق الإجماع، وقالوا لا يُرمَى الآدميُّ لنجاة الباقين ولو ذميا. البناني، الفتح الرباني ٧/٥٦-٥٧، عليش، منح الجليل ٧/٥١٤.

[٢] ابن العربيّ، القبس ٢/٦٨٣، وانظر ٢/٨٠٢،٧٤٩.

[٣] المصدر السابق ٢/٧٧٩.

[٤] المصدر السابق ٢/٧٨٦.

[٥] ابن رشد، بداية المجتهد ٤/٦٠.

المذاهب على الإفصاح عنْ هذا الأصل والبَوْحِ به وبيانه والاحتجاج له، حتّى عَدَّه مَنْ عَدَّه مِنْ مُفرَدات أصول مالك التي تميّز بها، وخالف فيها غيرَه من المذاهب.

قال مُحقِّق المذهب شهابُ الدِّين القَرافِيُّ: «يُحكى أنّ المصلحة مِنْ خصائص مذهب مالك؛ وليس كذلك...»[١]، وقال في موضع آخر من شرح التنقيح: «أما المصلحة المرسلة فالمنقول أنّها خاصَّةٌ بنا؛ وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرَّقوا بين المسألتين لا يطلُبون شاهِداً بالاعتبار لذلك المعنى، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب»[٢].

وقرَّر كذلك عدمَ تفرُّد المالكيَّة بأصل الاستدلال المرسل المقَّرِيُّ في قواعده؛ قال رحمه الله: «...الالتفاتُ إلى المصلحة من قَبيل المرسل الذي تُثبته المالكيَّة ويُنكرُه الجمهورُ باللِّسان، وإنْ قلَّ منهم من يَسلم من الوُقوع فيه»[٣].

ومشَى على ذلك فقيهُ المَذْهَبَيْنِ ابنُ دقيقِ العِيدِ؛ حيثُ قال: «الذي لا شكّ فيه أنّ لمالك ترجيحاً على غيره من الفُقهاء في هذا النَّوع، ويليه أحمدُ بنُ حنبل. ولا يكادُ يخلو غيرُهما عن اعتباره في الجُملة؛ ولكنْ لهذيْن ترجيحٌ في الاستعمال على غيرِهما»[٤].

وقال الطُّوفي الحنبليّ: «أجمع العلماء إلاَّ من لا يعتدّ به من جامدي الظَّاهريّة على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد، وأشدُّهم في ذلك مالكٌ حيث قال بالمصالح المرسلة، وفي الحقيقة لم يختصّ بها، بل الجميع قائلون بها غير أنَّه قال بها أكثر منهم»[٥].

قال الشَّيخ محمد الخضر حسين في الآخرين: «والجاري على بعض الألسنة والأقلام أنَّها أصل من أصول المالكي، والواقع أن لها يداً في سائر المذاهب المعوَّل عليها، وللمالكيَّة القسطُ الأوفَرُ في استثمارها»[٦].

---

[١] القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧٩/٩، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.

[٢] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٤، انظر نفس المعنى في: نفائس الأصول ٤٢٧٩/٩، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٥.

[٣] المقري، القواعد رقم ٤٨٦.

[٤] الزركشي: البحر المحيط ٨٤/٨.

[٥] الطوفي، التعيين شرح الأربعين ٢٤٣-٢٤٤.

[٦] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٦٤/٣.

سبب عزو تفرُّد المالكيَّة بهذا الأصل:

ويتلخَّصُ سببُ إضافة تفرُّد المالكيَّة بهذا الأصل في سببين:

الأوَّل: عدمُ تحرير محلِّ النــــزاع: الذي يظهر لي أنَّ أهمَّ عامل كان في أنْ نُميَ إلى المالكيَّة التَّفردُ بهذا الأصل عدمُ تحرير محلِّ النـــزاع وعدمُ إبراز المسألة محلِّ النَّظر؛ ذلك أنَّ كثيرا ممَّن تناول المسألة فَرَضَها في المصالح التي لا تستند إلاَّ إلى نظر العقل وفكره؛ ولا يُنظر البتَّةَ في الشَّرع ووجوه جلب المصالح فيه. وليس الأمر على هذا النحو؛ فالمالكيَّة كما تقدَّم إنَّما تقول بالاستصلاح الجاري على وَفْقِ سَنَنِ الشَّارع في النَّظر في مصالح الأحكام التي قرَّرها.

والباحثُ يجد في كثير من مسائل الأصول الاضطرابَ في تحديد مجال الخِلاف في تلك المسائل وتحرير محلّ النـــزاع فيها، فمِن مُعمِّم لصورة النـــزاع ومن مخصِّص ومُضيِّق لها؛ فلذا على النَّاظر فيما يُنقل من خلاف في مسائل أصول الفقه-: أن يكون على ذكر مِن هذا المَلحظ، وأنْ يُنـــزّل كُلَّ نقل على صورة المسألة التي تبنّاها النّاقل نفسُه، وبعد ذلك يَرجِع بالنَّظر إلى كلِّ صورة من صور المسألة عند كلِّ ناقل، وبعدها يُحاول استخلاص صورة النـــزاع الفعليَّة إن وُجدت؛ وينـــزل بذلك كل نقل منـــزلته من صورة النـــزاع الفعلية.

قال ابن عاشور بعد تحريره لمحل النـــزاع: «وبهذا كلِّه يظهر أنَّ الخلاف في هاته المسألة بيننا وبين الشَّافعية لفظيٌّ، كما قال المصنِّف (أي: القرافيّ)، وأنَّ تشنيع إمام الحرمين نـــزعةٌ من طرائق مُناظرات المخالفين المتَّبعة في القديم، وهي طرائقُ كان الأجدرُ بهِمَم العلماء التَّنكُّب عن سُلوكها»[١].

وممَّن أجلى المسألة وحَسَرَ عن وجهها سِتار الإشكال الفخرُ إسماعيل البغدادي الحنبليّ في "جنة الناظر" حيث قال: «لا تَظهر مُخالفة الشَّافعيِّ لمالك في المصالح، فإنَّ مالكا يقول: إنَّ المجتهد إذا استقرأ مواردَ الشَّرع ومصادرَه أفضى نظرُه إلى العلم برِعاية المصالح في جزئيّاتها وكُلِّيّاتها وأنْ لا مصلحةَ إلاّ وهي معتبرة في جنسها؛ لكنَّه استثنى من هذه القاعدة كلَّ مصلحة صادمها أصلٌ من أصول الشَّريعة؛ قال: وما حكاه أصحابُ الشَّافعي عنه لا يعدو هذه المقالة؛ إذْ لا أخصَّ منها إلاَّ الأخذ بالمصلحة المعتبرة بأصل معيَّن، وذلك مُغاير للاسترسال الذي

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ١٦٩/٢.

اعتقدوه مذهباً، فبَان أنَّ مَن أخذ بالمصلحة غير المعتبرة فقد أخذ بالمرسلة التي قال بها مالك؛ إذْ لا واسِطةَ بين المذهبين»[١].

ثانيا: عدم الاعتداد بهذا الأصل تنظيرا والقول به تطبيقا من باب المصلحة: قد بات من القاطع أنَّ غالب المذاهب أَبَت القول بالمصالح المرسلة تأصيلا؛ لكنَّها سَلكَت شِعابه تطبيقا وتفريعاً، وهذا يستدعي توقُّفا للاطِّلاع على السَّبب الذي أنتج هذا الخُلفَ بين المقامين، أعني مقامَ التَّنظير ومقام التَّطبيق. ولعلَّ السَّبب الذي أشار إليه العلاَّمة القَرافي[٢] من أجود التَّوجيهات التي قيلت في تفسير هذه المُباينة بين المقامين؛ ومحصِّل هذا التَّخريج أنَّ ترك القول بهذا الأصل في التَّنظير كان مُدركه المصلحة؛ لئلاَّ يغترَّ بهذا الأصل أهلُ الجور من الحكَّام والسَّلاطين فيجعلوه تُكَأةً لهم في فسادهم وانخلاعهم عن أحكام الشَّرع؛ ثمَّ يُرجِعون ذلك إلى المصالح المرسلة، وخاصَّة أنَّ أصل الاستصلاح ارتبط عند كثير من العلماء بالاستصلاح المتعلِّق بالسِّياسات التَّعزيرية التي تقتضيها المصلحة؛ فترَكَ مَن ترك من العلماء القولَ بهذا القول تأصيلا وأخذوا به في تطبيقاتهم الاجتهادية التفريعية حِذاراً من الفساد الذي أشرتُ إليه. وقد أشار ابنُ تيميَّة إلى ما كان من أمر بعض الظَّلمة الذين اتَّخذوا من أصل الاستصلاح مَدرجة للظُّلم والعتوّ والاستبداد الذي يُجافي العدلَ الذي قامت عليه الشَّريعة[٣].

لكنْ يُجابُ عن هذا التَّخوُّف أنَّ أصل الاستدلال المرسل لا يخوض فيه إلاَّ من تأهَّل إلى منصِب الاجتهاد؛ أمَّا مَن كان خَلِيّاً من شُروط الاجتهاد فليس له كلام في الشَّرع أصلا؛ لا في المصالح المرسلة ولا في غيرها؛ ثمَّ إنَّ الشُّروط التي وَضَعها المالكيَّةُ في الأخذ بالمصالح المرسلة ممَّا تجعل للمجتهد أعلاماً هاديةً لئلاَّ يندَّ عن جَدَد الشَّرع ولاحِب طريقه.

وإذا خلُصَت الدِّراسةُ إلى بيان احتجاج المالكيَّة بأصل الاستدلال المرسل والتَّحقيق فيه؛ فإنَّ من تمام التَّحقيق أن يُطرَق بالنَّظر جلاءُ الشُّروط التي وَضعتْها المالكيَّةُ في الأخذ بهذا الأصل؛ وهذا ما ستتناوله الدِّراسةُ بالبحث في المطلب التَّالي:

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤-٨٥.

[٢] قرأتُ هذا التَّخريج في بعض كتب القرافيّ، ولكنِّي لم أوفَّق الآن في العثور على موضعه.

[٣] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١١/٣٤٣.

المطلب الرّابع: شروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي:

الاستدلالُ المرسل أصلٌ من أصول الأدّلة الاجتهاديَّة عند المالكيَّة، والأخذُ به ليس أخذاً بمطلق المصلحة، بل إنَّ لها ضوابطَ تضبطُها وشروطاً تحكمها، وجملةُ الشُّروط التي وضعها المالكيَّة من خلال استقرائهم فروعَ مذهبهم تتلخَّصُ فيما يلي:

الشَّرط الأول: الملاءمة لمقاصد الشارع:

ليس كلُّ ما يُظَّن أنَّه مصلحةٌ يكون كذلك في نَظَر الشَّرع، وعليه فإنَّ المعيار الذي يجب أنْ توزن به المصالح وزنا لا بخس فيه ولا شطط؛ هو ميزانُ الشَّرع، فما دَلَّ الاستقراءُ القطعيّ أو الظَّنُّ القريب منه أنَّ جنسا من المصالح اعتُبر ولوحِظ في شرع الأحكام الإسلاميَّة؛ كان ذلك دُستورا للفقيه، بحيثُ يحمِلُ على تلك الأجناس من المقاصد والمصالح المعتبرة شرعا ما عَرَضَ عليه من نوازلَ تحتاج إلى بتٍّ في الحكم، وقطع في القضاء.

فالشَّرط الأوَّل الذي يجب اعتباره في القول بالمصالح المرسلة أن تكون هذه المصالح ممَّا شهد لها الشَّرع بالاعتبار بأصوله الكلِّيَّة وعموماتِه المعنوية، وإن لم يكُن لها من الأصول الخاصَّة ما يقوم باعتبارها والشهادة لها.

قال الشَّاطبي: «لا بُدَّ من **اعتبار الموافقة لقصد الشَّارع**؛ لأنَّ المصالح إنَّما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشَّارع كذلك»[١].

وقال الشّاطبيّ ذاكراً شروط المصالح المرسلة: «الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تُنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته»[٢].

وقال: «قسم العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول؛ فإنه استرسل فيه –أي: مالك- استرسال المُدِلِّ العريق في فهم المعاني المصلحية. نعم! **مع مراعاة مقصود الشرع ألا يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله،** حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله زاعمين أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع. وهيهات ما أبعده من ذلك! رحمه الله»[٣].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٤١/١، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١٥٦/١.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ١٢٩/٢.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٥٤/٣.

وبناءً على هذا الشَّرط فالمصلحة التي تُعارِضُ النُّصوص الشَّرعية لا اعتبار لها ولا تعويل عليها، لا على أنَّ النَّصَّ وارد عل خلاف المصلحة؛ بل لأنَّا نقطع أنَّ أحكام الشَّرع واردة على وَفق المصلحة والتَّعليل المعقول، فإذا وَرَدَ نصٌّ من الشَّارع عارض مصلحة، فالزَّللُ واقع في عدِّ هذه المصلحة مصلحةً؛ لاشتباه وقع، أو عِثارٍ في النَّظر عَرَض، فالمصلحة حينها لا تُعدّ مصلحة ملائمة بل هي مصلحة ملغاة. والشَّرع إنَّما وَكَلَ لأهل الاجتهاد النَّظرَ في المسائل التي لا نصَّ فيها، أمَّا ما نصَّ فيه على حكم فالمعارضة له استنادا لمصلحة -في نظر المعترض- افتئاتٌ على الشَّرع في التَّشريع.

وقال ابن عاشور مُعدِّدا شروط المصلحة المرسلة في مذهب مالك: «..وأن **لا يعارضها دليل شرعي أو مقصد من مقاصد الشريعة**...هذا صريح مذهب مالك رحمه الله»[١].

وقال الحجوي: «أما ما **عارضها نص فتلغى عند مالك** وغيره، ولذلك انتقد المالكية على يحيى بن يحيى الأندلسي[٢] لما أفتى الأمير عبد الرحمن الأموي ...بأنها فتوى شاذة لأخذه بالمصلحة في مقابلة النص وذلك لا يجوز لأنه يؤدي إلى تغيير حدود الشريعة بتغير الأحوال فتنحل رابطة الدين وتنفصم العرى...فلا يظن بالمالكية أنهم يأخذون بالمصالح المعارضة للنَّصّ»[٣].

وهذا ما قرره البغدادي في "جنة الناظر" قال: «إن مالكا يقول: إن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها، لكنه **استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة**»[٤].

ومفادُ هذا الشَّرط أنَّ المصلحة المرسلة **لا يُكتَفى فيها بمجرَّد عدم معارضتها** لأدلة الشرع وأصوله ومقاصده؛ بل يجب أن تكون مُنخرطة في سِلْك المصالح التي اعتبرها الشَّارع في أحكامه، وجارية في أودية المصالح التي تفجَّرت بها ينابيع هذه الشَّريعة.

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

[٢] وهذا على التسليم بأن هنالك مخالفة للنص، وقد تقدم أن لبعض المالكية نظرا في ذلك.

[٣] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/١٥٩.

[٤] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤-٨٥.

وممَّا يدُلُّ على عدم اعتبار الشَّرع لمطلق المصلحة في نظر العقل أنَّ الشَّريعة جاءت بمقاصدَ على خِلاف كثير من الأحوال التي اعتبرها العُقلاءُ في بعض الأزمان مصالحَ جَرى بها نظامُ حياتهم واستقرَّت في نفوسهم على أنَّها مصالحُ لا غَناءَ لهم بدونها، وأثبتتْ الشَّريعة في مُقابلها مصالحَ أرجحَ منها؛ فانقلب ما استقرَّ في النُّفوس من تلك المصالح إلى اعتقادِها مفاسدَ تنفُر عنها نفوسُهم، وتجمَحُ بها فِطرُهم التي اسقامت بشريعة الله[1].

قال ابن عاشور: «نعم! إن مقصد الشارع لا يجوز أن يكون غير مصلحة، ولكنه ليس يلزم أن يكون مقصودا منه كلّ مصلحة»[2].

الشَّرط الثَّاني: مجال المصالح المرسلة في الأحكام المعلَّلة لا التَّعبديَّة منها:

من أهمِّ ما يُشترط في المصالح المرسلة أن تكون فيما يدخُل فيه التَّعليل على التَّفصيل، ومجالُ ذلك هو العادات والمعاملات، لا العبادات التي لا مَدخلَ فيها للتَّعليل بالمناسبات المصلحيَّة التفصيليَّة الظاهرة المتقبَّلة لدى العُقول.

قال الشَّاطبيُّ: «موضوع المصالح المرسلة ما عُقِلَ معناه على التَّفصيل، والتَّعبُّداتُ من حقيقتها أنْ لا يُعقل معناها على التَّفصيل»[3] وقال: «عامَّة النَّظر فيها إنَّما هو فيما عُقل منها وجَرى على ذَوق المناسبات المعقولة المعنى التي إذا عُرضَت على العُقول تلقَّتها بالقَبول، فلا مَدخلَ لها في التَّعبُّدات، ولا ما جَرَى مَجراها من الأُمور الشَّرعيَّة»[4].

وجرى على اشتراط هذا الشرط الأبياريّ[5] وابن عاشور؛ قال ابن عاشور في تعريف المصالح المرسلة أنها: «..**المصلحة العامَّة** اللاَّزمة في نظر العقل قطعا أو ظنّا قريبا منه؛ فلذلك لا تدخُل التَّعبُّدات على التَّحقيق، وهو مختار الشاطبي في "الموافقات"»[6].

مذهب مالك عدم الالتفات إلى المعاني في العبادات:

---

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٩٩.

[2] المصدر السابق.

[3] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٧.

[4] المصدر السابق ٣/٤٨، ٢/٦٢-٦٣.

[5] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١.

[6] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

ومن تتبَّع فقهَ مالك استبان له أنه لا يلتفت في أبواب العبادة في الأغلب إلى المعاني المصلحية ولا يبني الأحكام على مقتضاها؛ وهذا لغلبة التَّعبّد فيها، وترجيحه لجانب التَّوقيف والتَّسليم على جانب التَّعليل التفصيليِّ.

قال الشاطبي: «ولذلك التزم مالك في العبادات عدم الالتفات إلى المعاني وإن ظهرت لبادئ الرأي؛ وُقوفا مع ما فهم من مقصود الشارع فيها من التَّسليم على ما هي عليه»[١].

ومن مُثُل عدم لحظ مالك للمناسبات المصلحيَّة في أبواب التَّعبُّد:

أنه لم يلتفت في إزالة الأخباث ورفعِ الأحداث إلى مُطلق النَّظافة التي اعتبرَها غيرُه، حتَّى اشترط في رفع الأحداث النِّيَّة[٢].

و لم يقُم غيرُ الماء مَقامه عنده -وإن حصلت النَّظافة- حتَّى يكون بالماء المطلق[٣].

وامتنع من إقامة التَّكبير والقراءة بالعربيّة مَقامها في التَّحريم والتَّحليل والإجزاء[٤].

ومَنَعَ من إخراج القِيَم في الزَّكاة[٥]؛ مع أنَّ المعنى الذي له شُرِعَت الزَّكاة هو إغناءُ الفقير؛ وذلك يحصُل بإخراج عين ما وَجبت فيه الزَّكاة كما يحصُل بالقيمة؛ بل رُبَما كانت القيمةُ في أحايين أنفعَ وأصلحَ للخزينة ولمن وَجَبَت لهم؛ فلم يَنظُر إلى ذلك مالك وغلَّب على ذلك جانبَ التَّعبّد؛ على أنَّ الزَّكاة من العبادات التي للتَّعليل فيها والمناسباتِ المصلحية أوفرُ نصيب.

واقتصر في الكفَّارات على مراعاة العدد، وما أشبه ذلك[٦].

قال الشَّاطبي: «ودورانُه في ذلك كلِّه على الوُقوف مع ما حدَّه الشَّارعُ دون ما يقتضيه معنى مناسبٌ إنْ تُصوِّر؛ لقلَّة ذلك في التَّعبُّدات ونُدوره، بخلاف قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظَّاهر للعقول»[١].

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/٢٣٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/١٢٨-١٢٩.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/٤٤-٤٥، الدردير، الشرح الكبير ١/٣٣، عليش، منح الجليل ١/٧٣.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤، المواق، التاج والإكليل ٢/٢٠٦، حاشية العدوي على شرح الخرشي ١/٢٦٥.

[٥] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/٣٥٦.

[٦] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤، سحنون، المدونة ١/٥٩٣، ٢/٣٢٤-٣٢٥، المواق، التاج والإكليل ٣/٣٦٢، الخرشي، شرح مختصر خليل ٤/١٢٠.

والقولُ بأنَّ الأصل في العبادات عدمُ معقوليَّة المعنى على التَّفصيل ليس من مُفردات مالك واختصاصاته؛ بل إنَّ باقي الأئمة على وفاق معه في ذلك[٢].

أمَّا ما كان من المصالح جاريا على وَفْق المُناسبات المصلحيَّة المعقولة والمتمثَّلة في باب العادات؛ فإنَّ لمالك التَّقدُّمَ في اعتبار المعاني المصلحيَّة وبناءِ الحكم على سَنَنها ومَهْيَعِها؛ وقد «استرسل فيه استرسال المُدِلِّ العريقِ في فهم المعاني المصلحيَّة»[٣].

وممَّا يُنظر إليه في هذا المقام أنَّ الاستحسان ممَّا يجري في باب العبادات؛ كما سيأتي في موضعه من بحث الاستحسان؛ والاستحسان هو عملٌ بالمصالح المرسلة في مُقابِل الدليل الأصلي؛ فكيف يُجمَع بين هذا وبين ما اشترطه الشَّاطبيّ وغيره؟

والذي يَظهَرُ في الجواب عن هذا الإشكال: أنَّ المصالح المرسلة تَجري في باب العبادات ولكنْ بصفة وجهيَّة لا مُطلقا، فالمصالح المرسلة التي يُعمل بها في باب العبادات إنما هي المصالح التي تكون من قبيل رفع الحرج والتَّخفيف؛ وهي من المعاني المصلحيَّة المعقولة المُنضبطة؛ أمَّا أنْ يُستَنَد إلى المصالح في إثبات عباداتٍ أو هيئاتٍ غيرِ منصوصٍ عليها فهذا لا يصحّ؛ لأنَّ المغلَّب في ذلك هو التَّوقيف، إذْ إثبات عباداتٍ وهيئاتٍ للعبادات لا يكون إلاَّ من الشَّارع الحكيم؛ و«الأصل ما عمّ في الباب وغلب في الموضع»[٤].

وسيأتي مزيد بسط لهذه المسألة حال بحث أصل الاستحسان؛ إن شاء الله تعالى.

الشَّرط الثَّالث: تعلُّق المصالح المرسلة ببعض رتب المصالح:

المتَّفق عليه في المذهب المالكيِّ أنَّ المصالح المرسلة يُحتجُّ بها إنْ وَقَعَت في مرتبة الضَّروريَّات أو الحاجيَّات، أمَّا إنْ نـــزلت في الرُّتبة إلى التَّحسينيَّات أو ما يُسمَّى بالتَّتمَّات فقد اختلف المالكيَّة في ذلك؛ وسأتناول كلَّ مرتبة على حِدَى:

المصالح المرسلة الضرورية:

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٤.

[٢] المصدر السابق ٣/٥٥-٥٦.

[٣] المصدر السابق ٣/٥٤.

[٤] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٠١-٣٠٢.

ممَّا لا يُختلَف فيه في المذهب المالكيِّ أنَّ المصالح المرسلة الرَّاجعة إلى حفظ ضروريٍّ من الضَّروريّات التي جاءت الشَّريعة بحفظها؛ مصالحُ مُعتبرةٌ تُبنى عليها الأحكام ويُفتى على وَفقها ومُقتضاها. والمُلاحَظُ أنَّ المصالح المرسلةَ الآيلةَ إلى حفظ الضَّروريّات هي من قَبيل الوسائل التي يُتوصَّل بها إلى حفظ تلك الضَّروريات؛ فلا تدخُل المصالح المرسلة ممَّا كانت من هذا السَّبيل في جملة المقاصد، وإنَّما هي في زُمرة الوسائل التي تكون وُصْلةً إلى تحقيق المقاصد. لذا؛ فإنَّ قاعدة "ما لا يتمُّ الواجب إلاَّ به فهو واجب" ممَّا تَشهد لأصل الاستدلال المرسل الذي يرجع إلى حفظ الضَّروريّات[١].

المصالح المرسلة الحاجيَّة:

كذلك اتَّفق المالكيَّة على أن المصالح المرسلة التي خُلِعَ عليها وصفُ الحاجيَّة ممَّا يصحُّ التَّمسُّك بها والبناءُ عليها؛ وقد نصَّ على ذلك أئمَّةُ المذهب ومحقِّقوه؛ كالقَرافي[٢] والشَّاطبي[٣] وابن السَّراج[٤] وابن عاشور[٥].

المصالح المرسلة التحسينية:

أما المصالح المرسلة التي انتظمت في سلك المصالح التحسينية فإن بين أهل المذهب خلافا في الاعتداد بها والتعلق بها؛ فالذي ذهب إليه القرافي في "نفائس الأصول" أنَّ المصالح المرسلة معتبرةٌ في أيِّ مرتبة من مراتب المصالح وَقَعَتْ؛ حتَّى ولو كانت المرتبةَ الدُّنيا؛ أعني مرتبة التَّحسين والتَّزيِّين.

وخالف في ذلك الشاطبي وابن عاشور فاشترطوا في المصالح المرسلة أن لا تكون نازلة عن مرتبة الحاجي، فإنْ نَـــزَلت إلى مرتبة التَّحسينيّات فلا يصح التعويل عليها.

مذهب المجيزين:

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٦، ٥٨.

[٢] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٠-٤٢٧٢.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٣/٥٦.

[٤] المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٢٢٦.

[٥] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

قال الإمام القرافي في نفائس الأصول رادًّا على من قَصَرَ المصالح المرسلة على رُتبة الضَّروريَّات دون الحاجيَّات والتَّحسينيَّات: «قوله –أي الرَّازيّ-: "لا نحكم بالمصلحة المرسلة في محلِّ الحاجة والتَّتمَّة لأنَّه إثبات شرع بالرَّأي".

قلنا عليه سؤالان:

أحدهما: المنع؛ بل ما ثَبَتَ ذلك إلاَّ باجتهاد صحيح، وأنَّ الاستقراء دلَّ على أنَّ الشَّرائع مصالح، وأنَّ الرُّسل عليهم السَّلام إنَّما بُعثوا بالمصالح ودرء المفاسد، **فمن أثبت ضرورة أو حاجةً أو تتمَّة بالمصالح**؛ فقد اعتمد على قاعدة الشرائع، فلا يكون إثباتا للشَّرع بالهوى.

وثانيهما: أنَّه إن كان إثباتا للهوى؛ فينبغي أن يُمنع ذلك في الضَّرورة بطريق الأَوْلى؛ فلأنَّ الضَّروريات أهمُّ الدِّيانات، فإذا مَنعنا اتِّباع الهوى فيما خفَّ أمرُه أَوْلى أنْ نمنعه فيما عظُم أمرُه»[1].

فترى كيف أنَّ القرافيّ جعل المصلحةَ المرسلة في أيِّ رُتبة حطَّت مصلحةً معتبرةً؛ إذْ إنَّها مُستنده إلى قاعد الشَّرع وأصولِه الكُليَّة الشَّاهدة لها بالاعتبار.

وقال القرافيّ -كذلك- في بيانه لدليل إجماع الصَّحابة على الاستناد للمصالح المرسلة: «...رضي الله عنهم حدَّدوا أُمورا بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها منها:...وأمور كثيرة لاتُعدُّ ولا تُحصى لم يكُن في زمن النبي ﷺ شيءٌ منها؛ بل اعتمد الصَّحابة فيها على المصالح مُطلقا، سواءٌ تقدَّم لها نظير أم لا؟ **وهذا يفيد القطع باعتبار المصالح المرسلة مُطلقا؛ كانت في مواطن الضَّرورات أو الحاجات أو التَّتمَّات**»[2].

فالقَرافيُّ يُقرِّرُ أنَّ المصالح المرسلة مُعتبرة عند المالكيَّة سواءٌ أكانت واقعة في رُتبة الضَّروريَّات أو الحاجيَّات أو التَّحسينيَّات.

مذهب المانعين:

تقدَّم أنَّ الشَّاطبيَّ وابنَ عاشور ممَّن اشترط في المصالح المرسلة ألاَّ تكون في هذه المرتبة؛ وفي هذا المقام أسُوق نُصوصَهم ثمَّ أُقفيِّها بالمناقشة والتَّرجيح:

---

[1] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٠-٤٢٧١.

[2] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧١-٤٢٧٢.

قال الشَّاطبي: «وعلى كل تقدير **فليس منها ما يرجع إلى التحسين والتزيين البتة**»[١].

وقال ابن عاشور: «وقيَّد الغزَّاليُّ المصلحةَ بأنْ لا تكون في مرتبة التَّحسين؛ **وهو قيدٌ لازِم**»[٢]، وقال: «وشرطُها أنْ تكون **في غير مرتبة التَّحسين....هذا صريحُ مذهب مالك** رحمه الله»[٣].

والذي يظهر في هذه المسألة أنَّ اشتراط تبوُّئ المصلحة رُتبة الحاجيَّات أو الضَّروريَّات وأنْ لا تنحطَّ إلى الرُّتبة الدُّنيا وهي رُتبة التَّحسينات-: إنَّما يستقيم ويلزَمُ القولُ به في حال مُعارضة المصلحة المرسلة لعمومٍ لفظيّ أو عموم قياسيّ؛ إذْ مُسوِّغُ العُدول عن أدلّة الشَّرع من قياس أو عُموم لا يكون إلاَّ لأصل قويّ يُعتمد عليه من ضَرورة مُلجئة أو حاجة عامَّة ماسَّة؛ أمَّا المصلحة التَّحسينيَّة فلا تَرقى لأنْ تُعارِض أدلَّةَ الشَّرع القياسيَّة واللَّفظيَّة؛ فلا تكون مُوجِبة للاستثناء منها. وأنتَ إن تقرَّيتَ الأحكام الشَّرعية المعدولَ بها عن القياس والقواعِد العامَّة فإنَّك واجدٌ أنَّ عامَّتها مُخرَّجةٌ على الاستثناء المؤسَّس على ضرورة لازِمة أو حاجة عامَّة مثل الرُّخص العامَّة كالمُساقاة والإجارة، ولا تجدُ فيها استثناءً على أساس رِعاية أصل تحسينيّ؛ والمجتهد إنَّما يَجري في اجتهاده على سَنَن الشَّرع في وَضْع التَّشريع ومنهاجِه فيه.

أمَّا المصالحُ التي لا مُعارِضَ لها من أدلَّة الشَّرع ولا مُعارض لها من مصالحَ أُخرى مُقابلة لها-: فإنَّ الوُقوف -والحالة هذه- عند الحاجات وعدمَ مُجاوزتها إلى التَّحسينات ليس ممَّا تَقوى حجَّتُه، ولا ممَّا يظهر وجهُه؛ فكما أنَّ المصالح الضَّروريَّة والحاجيَّة مُعتبرةٌ في الشَّرع فكذلك المصالح التَّحسينيَّة.

ومُنتهى ما احتجَّ به القائلون بالمصالح المرسلة أنَّ اعتبار جنس المصالح التي اعتبرَها الشَّارع في المصالح التي لا نصَّ فيها ولا أصلَ لها يُقاس عليها-: ممَّا يشهد لها بالاعتبار، وهذا بناءً على الاستناد إلى حجّيّة العُمومات المعنويَّة، وإلى أنَّ ذلك أوْلى من القياس؛ وهذه الأدلَّة ممَّا تجري على أجناس المصالح التَّحسينيَّة؛ إذْ هي من قبيل العموم المعنويّ، وما قيل في الأولويَّة ينسحِبُ عليها؛ إذْ لا فَرْقَ.

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٥٦/٣.

[٢] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ١٦٩/٢.

[٣] المصدر السابق ٢٢١/٢.

قال القَرافيّ: «فمَن أثبتَ ضرورة أو حاجة أو تتمَّة بالمصالح؛ فقد **اعتمد على قاعدة الشَّرائع**، فلا يكون إثباتا للشَّرع بالهوى»[١].

وكذلك فإنَّ قول ابنِ السَّرّاج: «تقرَّر من أنَّ مذهب مالك ﷺ القول بالمصالح المرسلة، وهي **أن تكون المصلحة كلية محتاجا إليها**»[٢] مُخرَّجٌ على ما قدَّمته من أنَّ مالكا يَستند إلى المصالح الحاجيَّة الكُليَّة في تجويز ما دلَّ الدَّليل الأصليُّ على منعه استحساناً؛ فشَرْطُ المصلحة المرسلة التي تكون على هذا النَّحو تحقُّقُ كونِها مصلحةً كُليَّة مُحتاجا إليها. والدَّليل على أنَّه أراد هذا المعنى أنَّه مُباشرة بعد تقريره لهذا الشَّرط ذكر مُثُلاً لاعتبار مالك للمصلحة المرسلة الحاجيَّة، وكلُّها أمثلة استحسانيَّة؛ أعني أنَّها مصالحُ مُرسلة حاجيَّةٌ مُعارضة لعمومات لفظيَّة أو قياسيَّة؛ قال ابنُ السَّراج في تمثيله لما قرَّره: «كقوله –أي: قول مالك- بجواز تأخير الأُجرة في الكراء المضمون، أعني كراء الدَّابّة إذا نقد الدينار أو نحوَه، وعلَّله بأنَّ الأكرياء اقتطَعوا أموالَ النَّاس؛ فانظر كيف أجاز بالتّبع للضَّرورة[٣]...إلى غير ذلك من المسائل التي **اعتل في إجازتها بحاجة النَّاس إليها**؛ كالرَّدّ في الدّرهم، وخلط الذَّهب في دار الضَّرب وقسمته بعد تصفيته، وخلط الزَّيتون في المعصرة، واقتسام الزيت...»[٤]؛ فانظُر إلى قوله: «اعتل في إجازتها بحاجة النَّاس إليها» فتجويزُه كان في مُقابل دليل يوجِبُ عدمَ الجواز؛ فتجويزُ الرَّدّ في الدّرهم مستثنى من دليل تحريم ربا الفضل[٥]، وتجويزُ خلطِ الذَّهب وخلطِ الزيتون مستثنى من دليل تحريم المزابنة[٦]، وهذا استنادا إلى المصلحة الكُليَّة الحاجيَّة. وكذلك المثال الأوَّل في تجويزه تأخيرَ الإجارة في الكراء المضمون؛ فإنَّه تجويزٌ لما دلَّ الدَّليل على منعه من تحريم الدَّين بالدَّين؛ وموجبُ التَّجويز

---

[١] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧١.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٢٢٦.

[٣] انظر مسألة الكراء المضمون في: المقدمات الممهدات ١/٤٥١، المواق، التاج والإكليل ٧/٥٠٠، عليش، منح الجليل ٧/٤٤٠.

[٤] الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٢٢٦.

[٥] قال الحطاب: «وصورتها أن يعطى الإنسان درهما ويأخذ بنصفه فلوسا أو طعاما أو غير ذلك وبالبعض الباقي فضة والأصل فيها المنع...لأنه لا يجوز أن يضاف لأحد النقدين في الصرف جنس آخر؛ لأنه يؤدي إلى الجهل بالتماثل، والجهل بالتماثل كتحقق التفاضل؛ وهذه المسألة مستثناة من القاعدة المذكورة للضَّرورة، وكان مالك يقول بكراهة الردّ في الدرهم؛ ثمَّ خفَّفه لضرورة النَّاس. ولما رجع إليه أَخَذَ ابنُ القاسم؛ وهو المشهور من المذهب» مواهب الجليل ٤/٣١٨-٣١٩، الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/٤٣-٤٤.

[٦] سيأتي تناوُلُ مسألة خلط الزيتون في العصر في بحث الاستحسان.

المصلحةُ الكُلِّيةُ الحاجيَّة، وقد عبَّر عنها في هذا المقام بالضَّرورة[1]، والمالكيَّةُ وغيرُهم يتجوَّزون في إطلاق الضَّرورة على الحاجات العامَّة؛ كما هو مقرَّرٌ في موضعه.

وكذلك فإنَّ قول المالكيَّة –كابن السَّرّاج-: **إنّ مالكا يُراعي الحاجيَّات كما يُراعي الضَّروريات**[2] مخرَّج على ما قدمته من أنَّه إذا اتّفق أنَّ الاستناد للضَّرورة في تجويز الممنوع؛ فإنَّ مالكا كذلك يستند إلى المصالح الحاجيَّة الكليَّة في تجويز الممنوع.

لكنْ يبقى الإشكالُ عن السَّبب الذي دفعَ الشَّاطبيَّ وبعده ابن عاشور أنْ يشترِطا في المصالح المرسلة أنْ لا تنحدر إلى رُتبة التَّحسينات.

والذي يظهر لي –والله أعلم- أنَّ غالب المصالح المرسلة لا تكاد تصفُو من مُعارِض لها من أدلَّة الشَّرع القياسيَّة واللَّفظيَّة؛ وقد تقدَّم اشتراط كون المصلحة في حال المعارضة ضروريَّة أو حاجيَّة؛ فأحسب أنَّ لهذه الكثرة أثراً فيما ذَهبَ إليه الشَّاطبيّ وابنُ عاشور.

وممَّا يَلفِتُ النَّظرَ أنَّ تأصيلات الشَّاطبيّ في مجال المصالح المرسلة في كتاب "الاعتصام" كان ملحوظا فيها النَّظر إلى البدع وعدم جريانها في باب المصالح المرسلة.

فقد يكون لهذا أثرٌ فيما نحن بصدد بحثه؛ فإنَّ كثيرا من البدع الإضافيَّة إنَّما تَلِجُ في المصالح من بابة التَّحسينيَّات؛ إذْ الهيئاتُ مثلا في العبادات إنَّما هي من قبيل التحسينيات، فمن ابتدع هيئة معيَّنة في عبادة ثابتة شرعا فإنَّما يُرجعها إلى باب التَّحسينيات؛ فلعلَّ الشَّاطبيّ أراد قطع الباب وحسمَه رأساً بمنع أن تكون المصالح المرسلة في رتبة التَّحسينات.

وهذا إذا صحَّ فإنَّه غير لازم البتَّة؛ إذْ لا يُمَكِّن المبتدع من الابتداع بهذا المُتمَسَّك؛ لأنَّ في الشّروط الأخرى ما يُبطِلُ البدع التي من هذا القَبيل، فاشتراطُ كون المصالح المرسلة معقولةَ المعنى بحيث لا تدخل في باب العبادات يقطع البدع ويحسم مادَّها، ولا حاجة بنا إلى هذا الاحتياط بمنع المصالح التَّحسينيَّة.

فإذا تحرَّر هذا فإنَّ القول بالمصالح المرسلة الواقعة في رتبة التَّحسينيّات إذا سَلِمَت من الأدلَّة المعارضة؛ هي مُعتبرة إذا استوفت الشّرائط التي نحن في سياق تقريرها.

---

[1] انظر مسألة الكراء المضمون: الباجي، المنتقى ٥/١١٥-١١٦، المواق، التاج والإكليل ٧/٥٥٠-٥٥١، عليش، منح الجليل ٧/٤٣٩-٤٤٠.

[2] المواق، التاج والإكليل ٧/٤٩٦، ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ٢/١٠٢.

الشَّرط الرَّابع: يشترط في المصلحة المرسلة أن تكون عامَّة لا خاصَّة:

شَرَط بعضُ أئمَّة المذهب المالكيّ أن تكون المصلحة المرسلة عامَّة بحيث ينسحِبُ نفعُها على عامَّة النَّاس، ولا تكون خاصّة بالأفراد، وعزَوا هذا الشَّرط لمقتضى المذهب المالكيّ.

وممَّن نصَّ على اشتراط هذا الشَّرط ابن السراج؛ قال: «تقرَّر من أنَّ مذهب مالك ﷺ القول بالمصالح المرسلة، وهي أن تكون المصلحة **كُليَّة** مُحتاجاً إليها»[1]، ومرادُه من **"الكلية"** أن تكون عامَّة؛ وهذا كالشَّرط الذي اشترطه الغزالي؛ إذْ جعل شروط قَبول المصالح المرسلة أن تكون: ضروريّة وقطعيّة وكُليّة؛ ثمَّ فسَّر الكليَّة بأنَّها المصلحة العامَّة لا الخاصَّة[2].

وكذا اشترط هذا الشَّرط الشَّيخُ ابنُ عاشور؛ فإنَّه عدَّ العُموميَّة في المصالح المرسلة وسدِّ الذَّرائع من خواصّهما، وما كان خاصّا بالشّيء فهو شرطٌ له؛ قال رحمه الله: «وليس القولُ في سدِّ الذَّرائع ورعي المصالح المرسلة بأقلّ أهميّة من القول في الرّخصة، **وتعلّقهما بمجموع الأمة من خواصّهما بحيث لا يُفرضان في أحوال الأفراد**»[3].

وقال كذلك في سياق ذكره لشروط اعتبار المصالح المرسلة: «وشرطها**...وأن تكون عامة**؛ هذا صريح مذهب مالك رحمه الله»[4].

بل قد شَرَطَ هذا الشَّرط الإمام ابنُ العربيّ في "القبس" حينما عَرَّف المصلحة التي يقول بها مالك رحمه الله؛ قال: «المصلحة وهو في كل معنى قام به قانون الشَّريعة **وحصلت به المنفعة العامَّة** في الخليقة»[5].

وهذا الشَّرط الذي قرَّره الشَّيخ الطَّاهر بن عاشور ومِن قبله القاضي ابنُ العربيّ وابن السَّراج هو شرطٌ لازِمٌ في المذهب المالكيّ؛ فالنَّظر في المصالح المرسلة ينبغي أن يكون نظراً كليّا لعموم النَّاس، ولقد جرى لأئمَّة المالكيَّة التَّعبير عن المصالح المرسلة بعبارة: **المصالح العامَّة**، وهذا منهم دلالة على مركزيَّة صفة العموميَّة في للمصالح المرسلة المعتدّ بها؛ ومن هذه النُّصوص:

---

[1] المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ٥/٢٢٦.

[2] الغزالي، المستصفى ١/٤٢١.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٠٦.

[4] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

[5] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٧٧٩.

قال الدردير: «وقال ابن فرحون: للقاضي تحليف الشاهد بالطلاق إن اتهمه؛ أي لقاعدة: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وهو من كلام عمر بن عبد العزيز استحسنه مالك؛ **لأنَّ من قواعد مذهبه مُراعاة المصالح العامة**»[١]؛ والقاعدة التي راعاها مالك في هذه المسألة هي قاعدة المصالح المرسلة.

وقال ابنُ رُشْدٍ في مسألة ضمان الصُّنّاع: «الأصلُ في الصّنّاع أنّه لا ضمان عليهم وأنَّهم مؤتمنون لأنَّهم أُجراءٌ، وقد أسقط النَّبيّ ﷺ الضَّمان عن الأجراء، وخصَّص العلماء من ذلك الصناع وضمَّنوهم نظرا واجتهادا؛ لضَرورة الناس لغلبة فقر الصّناع ورقَّة ديانتهم واضطرار النَّاس إلى صنعتهم؛ فتضمينهم **من المصالح العامَّة الغالبة التي تجب مراعاتها**»[٢].

وقال النفراوي في مسألة اللَّوث في القَسامة التي اعتمد فيها مالك المصلحةَ المرسلةَ: «**فالعمل بها من المصالح العامة التي بنى عليها الإمام مذهبه**»[٣].

ومَن تتَّبع مسائل المالكيَّة وَجَدَها طافحة باعتبار المصلحة المرسلة إذا كانت عامَّة، والتَّنصيص على العموم في هذه المواضع يدلُّ على أنَّها من شروط اعتبارها.

ولمزيد بيان وتقرير هذا الشَّرط أَسوقُ في هذا الموضع مسائلَ بَنَى مالكٌ عليها الحُكمَ على المصلحة العامَّة:

(١) كراهة شراء عنب الحصرم والرمان الأخضر والإجاص والتفاح وسائر الثمار قبل أن تطيب على أن تقطع؛ في الأمصار القليلة الثمار.

لا خِلافَ في مذهب مالك تجويزُه شراء عنب الحصرم والرَّمان الأخضر والإجَّاص والتّفاح وسائر الثِّمار قبل أن تطيب على أن تُقطع؛ إلاَّ أنَّ مالكا كرِه ذلك في غير الأمصار التي يقلُّ فيها الثِّمار؛ وأحبَّ أنْ يُمنع من ذلك **رفقا بأهل ذلك المكان ونظراً لمصلحتهم**[٤].

[١] الدردير، الشرح الكبير ١٧٤/٤، الصاوي، بلغة السالك ٢٤٧/٤.

[٢] عليش، منح الجليل ٥١٣/٧.

[٣] النفراوي، الفواكه الدواني ١٨١/٢.

[٤] ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٧٥/٧-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٤٥١/٦.

ففي العُتبيَّة: وسئل مالك عن العنب الحصرم وعن الرُّمَّان الأخضر والتّفاح، وكلّ ذلك لم يطب، باع على أن يقطع؛ قال: «لا بأس بذلك، ...**فكلّ ما أضرّ بالناس مثل هذا، فأرى أن يمنعوا إلاّ الأمصار؛ فإنَّ فاكهتهم كثيرة، ولا أرى به بأسا**»[١].

فنرى كيف أن مالكا منع بيع الثمار التي لَّما تطِب بعدُ في الأمصار القليلة الثِّمار؛ نظرا للمصلحة العامَّة التي تقتضي احتياج الناس إلى هذه الثمار تامَّة الطِّيب؛ وتقييدُه الكراهة بغير الأمصار لأنَّه لو أبيح لهم لأَوْشَكَ أنْ تُباع كلُّ الثِّمار على هذه الشَّاكلة؛ وفي هذا فسادٌ عامّ.

(٢) يمنع من ذبح بعض الأنعام لحاجة النَّاس إليها حيَّة:

ومِنْ بارِع نظرِ إمامِ دار الهجرة ﷺ أنَّه قال بمنع ذبح الفَتِيِّ من الإبل المحتاجِ إليه في الحمولة، وبمنع ذبح الفتيِّ من البقر القويَّة على الحرث، وبمنع ذبح ذواتِ الدَّرِّ من الغَنم؛ ومُدركُ مالك في منع ذبح هذه الأنعام ومنع بيعها للذبح؛ هو النَّظرُ إلى حاجة النَّاس العامَّة لهذه الأنعام حيَّة؛ في الحمل والحرث والدَّرّ؛ فقيَّدَ مالكٌ حقَّ التَّصرُّف في المِلْكِ بالمصلحة العامَّة التي تقتضي إبقاءَ هذه الأنعامِ حيَّة لينتفع بها؛ فللّه دَرُّه[٢].

قال ابن رشد: «يمنع من بيع الفتايا من البقر القوية على الحرث للذبح؛ **نظرا للعامة وصلاحا لهم**»[٣].

(٣) كراهة نقش الثمار لأنه مضر بالناس.

ومن المصالح العامَّة التي راعاها مالك كراهته النَّقش للثِّمار؛ ومعنى النَّقش الذي كَرِهه مالكٌ: أن يحدث في بشرة الثِّمار أثراً كالجرح؛ فيسرع إليها التَّرطيبُ قَبلَ أوانِه؛ وذلك من الغشِّ إنْ لم يُبيِّن، ومع التَّبيين كرهه مالك[٤].

ومُدركُ كراهةِ مالكٍ لنقش الثِّمار ما في ذلك من فساد للثَّمرة، فرأى أنْ يمنع أهل الحوائط من ذلك؛ نظراً لمصلحة عامَّة الناس.

---

[١] المرجعان السَّابقان.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/٢٧٥-٢٧٦، التاج والإكليل ٦/٤٥١، الحطاب، مواهب الجليل ٣/٢٣٠، عليش، منح الجليل ٧/١٥٥

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/٤٥١.

[٤] المرجعان السابقان.

قال مالك في "المستخرجة": «وإنَّما كرهتُ النَّقشَ ههنا؛ **لأنَّ ذلك مُضرٌّ بالنَّاس، وقد نهى رسولُ الله ﷺ أن يبيع حاضرٌ لباد لضرر ذلك على النَّاس، وأنْ يتلقّوا السِّلع**[١]؛ **فكلُّ ما أضرَّ بالنَّاس مثلُ هذا، فأَرَى أن يُمنَعوا إلا الأمصار**»[٢].

قال ابن رشد: «كره النَّقش بالمدينة **نظرا للعامَّة إذْ فيه فساد للثَّمرة**، وذلك ضررٌ بهم؛ فوجب أن يُنظر في ذلك لهم»[٣].

وقرَّر مالكٌ مُدركَه بما ثبت في الشَّرع من تقديم المصلحة العامَّة على المصلحة الخاصَّة؛ إذْ نهى رسولُ الله ﷺ عن تلقّي السلع، وعن أنْ يبيع حاضرٌ لباد، لأنَّ المعنى في ذلك الرفق بأهل الحاضرة والنظر لعامتهم؛ فقد ثبت في الشَّرع أصلٌ شرعيّ كلّيّ هو تقديم المصلحة العامَّة على الخاصَّة[٤].

(٤)الجلب والتعشير:

الأصل في مذهب مالك أن يُمنع البائع بخلاف سعر السوق؛ لما في ذلك من الضرر؛ واستثنى المالكية من هذا المنع الجالب من غير أهل البلد فله أن يبيع كيف شاء؛ ومناط الاستثناء في التجويز في هذه المسألة هو النظر إلى المصلحة العامة؛ ذلك أن الجالب لو ألزم بالبيع بسعر السوق لكان في ذلك سببا إلى قطع الجلب؛ وفي ذلك من الضرر العام ما فيه؛ فأجاز المالكية لهذا الجالب أن يبيع كيف شاء؛ نظرا للمصلحة العامة[٥].

---

[١] ورد النَّهي عن تلقّي الرّكبان وبيع حاضر لباد في حديث واحد رواه: مالك في الموطّأ، كتاب البيوع، باب ما يُنهى عنه من المساومة والمبايعة، رقم ١٣٦٦، والبُخاريّ، في صحيحه، كتاب البيوع، باب هل يبع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه؟، رقم ٢٠٥٠.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/٤٥١.

[٣] المرجعان السابقان.

[٤] ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/٢٧٥-٢٧٦. وانظر المواق، التاج والإكليل ٦/٤٥١.

[٥] المواق، التاج والإكليل ٦/٢٥٤، الباجي، المنتقى ٥/١٨، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٨٣٨.

قال ابن العربي مقررا مدرك المالكية: «وهذا مبنيٌّ على قاعدة **المصلحة**؛ فإنَّ الجالب لو قيل له كما يُقال للرَّجل من أهل السُّوق: إمَّا أن تبيع بسعرنا وإمَّا أنْ تقوم عن سوقنا؛ لانقطع الجَلَبُ واستضرَّ النّاس»[١].

ومن المسائل المشابهة بهذه المسألة مسألة التعشير؛ فإنه يؤخد من كل جالب من أهل الذمة العشر إلا إذا كان الجلب إلى مكة تكثيرا للأقوات فيها لأنها محط المسلمين وقبلتهم؛ وبالناس حاجة لكثرة القوت؛ فاقتضت المصلحة العامة الظرفية أن يؤخذ من أهل الذمة نصف العشر.

قال ابن العربيِّ: «كلُّ مَنْ جَلَبَ من المعاهدين إلى بلاد الإسلام أُخِذَ منه العُشرُ؛ إلاَّ أنْ يجلب إلى مكَّة؛ فإنَّه يؤخذ منه نصف العشر؛ مصلحةً سببُها التَّحريضُ والتَّحضيض على جلْب الأقوات إليها وفائدته كثرتُه فيها. ولما لحظ ابن حبيب من أصحابنا هذه المصلحة وفهم المقصود قال: إن الجالب للطعام لا يمكن أن يبيع إلا بسعر الناس ما خلا القمح والشعير فإنه يكون فيه بحكم نفسه للحاجة ولتمام المصلحة بهما»[٢].

وهذه بعضُ المُثل من مذهب مالك تُنبئ عمَّا وراءَها مِن رعي المصلحة العامَّة للنَّاس، وتقديمِها على المصلحة الخاصَّة في حالة التَّعارض والتَّعانُد.

وممَّا يتعلَّق بأذيال شرطِ العُموميَّة أنَّ الحكم إذا ثبت استنادا إلى المصلحة المرسلة كان حُكماً عامّا؛ بحيث لا يُنظر في التَّطبيق إلى خصوص الأعيان والأفراد؛ حِفظاً لقانون المصلحة من الانخرام؛ قال ابنُ رُشْد: «ما طريقُه المصالحُ وقطع الذَّرائع لا يُخصَّص في موضع من المواضع»[٣]. فمثلا إذا قُلنا -على مقتضى مذهب مالك- بتضمين الصّناع فيما يُغاب عنه استنادا إلى المصلحة المرسلة؛ فإنَّ كلَّ صانع يُضمَّن ما لم يقُم على الضَّياع بيِّنة ولم يكُن من تفريطهم؛ ولا يُخصَّص من هذا الحكم العامِّ صانعٌ من صانِع، فلا يُقال إنَّ فُلانا الصَّانع أمينٌ فلا نضمِّنه؛ لأنَّ طرد الحكم وتعميمَه ممَّا يكفَلُ للحكم الاحترام، ويقطع السَّبيل على هَوَى التَّلاعب في التَّطبيق من قِبَلِ القُضاة.

هل يُشترط في المصالح المرسلة أنْ تكون قطعيَّة؟:

---

[١] الباجي، المنتقى ٥/١٨، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٨٣٨.

[٢] المرجعان السابقان.

[٣] المواق، التاج والإكليل ٧/٥٥٨، عليش، منح الجليل ٧/٥١٤.

اشتراطُ القطعيَّةِ في المصالح المرسَلَةِ سَبَقَ أنَّ الغزاليَّ هو الذي اشترطها، أمَّا المالكيَّةُ فكان لهم اعتراضٌ عليه وانتقاد:

فابن المنيِّر اعترض على الغزاليّ اشتراطَه هذ الشَّرط رأسا؛ فقال: «هو احتكام من قائله، ثمَّ هو تصويرٌ بما لا يُمكن **عادة ولا شرعا:** أمَّا عادة فلأنَّ **القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه؛ إذ هو غيب عنها.....**قال: وحاصلُ كلام الغزاليّ ردّ الاستدلال؛ لتضييقه في قَبوله باشتراط ما لا يُتصوَّرُ وُجودُه»[١].

والذي يعنينا في هذا المقام اعتراضُه على شرط القطعيَّة؛ فابنُ المُنيِّر يَرى أن لا تحقُّق لهذا الشَّرط في الواقع؛ إذ القطعُ في الحوادث المستقبلة لا سبيلَ إليه، واشتراطُ ما لا سبيل إليه هو في الحقيقة منعٌ للمشروط. وهذا يُفضي بنا إلى أنَّ ابنَ المنيِّر لا يَشترط القطع لاعتبار المصالح المرسلة إذْ لا سبيل إليه عادة؛ وعليه فإنَّ الظَّنَّ في هذا المقام هو المعتبر؛ والاستمساكُ به والتَّعويل عليه والعمل على مُقتضاه ممَّا ثبت في الشَّرع ثبوتا قاطعا. وغالب المصالح المرسلة من قَبيل المصالح الظّنيَّة التي غَلبَ فيها جانبُ كونها مصلحة واقعا، وإذا اكتُفي في تطبيق أصل الاستدلال المرسل على القطع لكان ذلك آيلا لا محالةَ إلى انحساره انحساراً يقرُب إلى القول بمنع الاحتجاج به؛ وعليه فإنَّ شرط قطعيَّة تحقُّق المصلحة من الشُّروط التي لا وجه لها في مذهب مالك؛ إذ من المعلوم من مذهبه أنه يذهب في الاعتماد على الظُّنون كُلَّ مذهب في استجلاب المصالح ودرء المفاسد[٢].

على أنَّ في اعتراض ابن المنيِّر نظرا؛ من جهة أنَّ القطع الذي ذَكره الغزاليُّ قد لا يُريد به القطع العقليّ، وإنَّما قصد إلى القطع العاديّ، ومعلومٌ أنَّ هذا النَّوع من القطع ممّا يُمكن تحقُّقه في الواقع.

نعم؛ اشتراط القطعيَّة حتَّى وإن كانت عاديّة في المصالح المرسلة ممَّا يُفضي إلى غلق اعتبار باب المصالح المرسلة؛ إذْ القطع في النَّوازل الحادثة من حيث وقوعُ المصلحة وأثرها وقوَّتها من النُّدور والقلَّة بحيث لا يُناط اعتبارُ الباب به، إلاَّ من جهة غلق الباب دون القولِ به.

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٧.

[٢] انظر على سبيل المثال مراتب العلم بالمآل عند المالكية: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات ٢٦-٣١، ٣٥٠-٣٥٣.

ومن مُثُل اعتبار المالكيَّة ظنَّ المصلحة واقعاً، دون أن تكون محقَّقة الوُقوع يقينا مسألةُ تضمين الصّناع؛ فقد اعتمد المالكيَّة في تضمينهم على المصلحة المرسلة؛ إذْ لو لم يُضمَّنوا لكان في ذلك ظنٌّ راجح في أن يتعدَّى بعضُ الصُّناع على أموال النَّاس. وهذا الحكم كان تعويلا على تحقيق مصلحة حفظ أموال الناس؛ نظراً إلى ظنِّ تحقُّقها واقعاً، ولا يقينَ في ذلك.

النظر في أصل المصالح المرسلة مهمة المجتهدين:

وبناءً على الشّروط المحرَّرة في الأخذ بالمصالح المرسلة فإنَّ مهمة النَّظر في المصالح المرسلة هي مُهمَّة المجتهد الراسخ في علم الشَّريعة، العالمِ بمقاصدها، البصيرِ بتصاريفها؛ فمن لم يكُن من أهل الاسقراء لهذه الشَّريعة الغرّاء فلا حقّ له في النّظر في المصالح المرسلة، وحقيقٌ به أن ينكفَّ عن التَّقحُّم فيما لا وُصلةَ له به؛ قال الشَّيخ محمد الخضر حسين: «رعاية المصالح المرسلة من أهمِّ القواعد التي تأتي بثَمَرٍ طيِّب متى تناولها الرّاسخ في علوم الشَّريعة، البصيرُ بتطبيق أصولها»[١].

وتتلخَّص وُجوهُ اشتراط الاجتهاد فيما كان هذا سبيله فيما يأتي:

أوَّلا: العلم بسكوت الشّارع عن المصلحة هل هي مُلغاة أو مسكوت عنها أو معتبرة بأصل خاص؟ لا يكون إلا لأهل الاجتهاد المُحيطين بأدلّة الشّريعة، والمطَّلعين على مَداركها وموارِدها.

ثانياً: تقدَّم أنَّ من شرط اعتبار المصلحة المرسلة أن يقوم أصلٌ كليّ في الشّرع بالشَّهادة لها بالاعتبار؛ وتحصيلُ الأصول الكليَّة في الشَّريعة لا تتأتَّى إلاَّ لأهل الاستقراء من المجتهدين، أمَّا من كان غريبا عن علوم الشَّريعة جاهلا بتصرُّفاتها وتصاريفها فما أبعدَه عن هذا المنصب، وما أنآه عن التَّكلم في هذا اللَّون الدَّقيق من الاجتهاد!!.

ثالثا: مسلكُ المصالح المرسلة هو من أدقِّ المسالك الاجتهاديّة وأوعرِها؛ لذا تباينت آراء العلماء فيها تباينا تقدّم الإلماعُ إلى طَرف منه؛ فالاسترسال في هذا الأصل من غير بصيرة ولا تثبّت يُفضي إلى تجاوز الحدّ، وقد يخرج بصاحبه من الاستنباط من الشَّرع إلى التّشريع رأسا، كما أنَّ الإحجام دون إعماله يقود إلى مُزايَلَة العَدْلِ ومُفارقته؛ فلهذا كان هذا المسلك الاجتهاديّ بحاجة إلى رسوخ قدم في الشَّريعة، وشُفوف نظر فيها. قال ابن دقيق العيد : «لستُ

[١] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٦٩/٣.

أُنكر على من اعتبر أصلَ المصالح ، لكن **الاسترسال فيها وتحقيقها يحتاج إلى نظر سديد،** ربما خرَج عن الحدّ المعتبر»[١].

وهذا ما حدا بابن رشد الحفيد -بعد تردُّده في القول المصالح المرسلة- أنْ يُفوِّض النَّظر في هذا النوع من المصالح إلى العلماء العالمين بحِكَم الشَّريعة ومقاصدِها، المؤتمنين فيها؛ قال رحمه الله: « قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء...حتى أن قوما رأوا أنَّ القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان. والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم؛ **فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها...»**[٢].

وقد خال بعضٌ من المعاصرين أنَّ هذا الأصل سمحٌ مركبُه، سهلٌ طريقُه؛ فأخذوا فيه أخذ غير المتبصِّرين بمعالم الشَّرع ولا المتهدِّين به؛ فتنكَّبوا عن سويِّ المنهج، وجَنَفُوا عن واضِحِ الجَدَد؛ حتَّى راموا نقض أحكامِ الدِّين المشدودةِ عُراه بدعوى المصالح، وما المصالحُ وتنكُّباتُهم إلاَّ كَمَا الْمُتْهِمُ والْمُغْوِرِ؛ أنَّى يَلْتَقِيانِ.

المطلب الخامس: مجال العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي:

الفرع الأوّل: اختصاص المصالح المرسلة بالأحكام المعلَّلة:

المجالُ الخِصبُ لإعمال أصل الاستدلال المرسل هو في الأحكام التي تتأسَّسُ على المعقوليَّة التّفصيليّة، والجاريةِ على نسج المصالح الملائمة للنَّظر العقليّ، لذلك كانت أبوابُ المعاملات هي البابةُ التي يلِجُ منها أصل الاستدلال المرسل، والطَّريقُ اللاَّحِب الذي يجري فيه، والأرضُ الخِصبة التي يعمل فيها؛ ذلك أنَّ أبواب المعاملات هي أبوابٌ مبنيَّة على العلل المتعقَّلة، ومنسوجةً نسجاً تُشكِّل فيه المعقوليَّة والمناسبةُ الظَّاهرة لُحمَتَها وسَداها.

أمَّا أبواب العبادات فهي أبواب ينذُر فيها وقوع التَّعليل التَّفصيليّ، الذي يكون على أساسه إعمالُ الأصول المصلحية؛ وقد سبق في شروط الأخذ بالمصالح المرسلة تقريرُ هذه المعاني

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٨.

[٢] ابن رشد، بداية المجتهد ٣/٨١-٨٢.

وإثباتُه في مذهب مالك؛ لكنْ يبقى هنا أنْ يُدلَّل على التَّفرقة بين أبواب المعاملات وأبواب العبادات في لحظ المعاني المصلحيَّة في الأولى دون الثَّانية:

ومحصِّلُ الأدَّلة المثبتة للالتفات إلى المعاني في أبواب المعاملات دون العبادات ثلاثةُ أدلَّة:

الدَّليل الأوَّل: لقد دلَّ الاستقراء المفيد للقطع أنَّ الشَّارع قاصدٌ في أحكام العادات والمعاملات إلى مقاصد الخلق، بحيث تدور أحكامُها مع تلك المصالح وجودا وعدما؛ فترى الأمرَ يُمنع فإذا عَلِقَت به مصلحة راجحة تُركَ المنع إلى الجواز؛ كما هو الشَّأن في الدِّرهم بالدِّرهم إلى أجل فقد مُنع في البيع؛ فلمَّا جرى على المُكارَمَة في القرض جاز تحصيلا للمصلحة الرَّاجحة. وقد تُفقِّدت أبوابُ العبادات فلم يوجَد هذا المعنى لائحا فيها كما وُقِفَ عليه في العادات والمعاملات؛ فمثلا: إذا نُظِرَ إلى الطَّهارة وُجِدت تتعدَّى محلَّ موجبها، وكذلك الصَّلوات تعيَّنت فيها أفعالٌ مخصوصة على هيآت مخصوصةٌ بحيثُ إنْ خَرجت عنها لم تكُن عباداتٍ؛ وذلك كلُّه لا يدخل في منطق التَّعقُّل التَّفصيليّ[1].

الدَّليل الثَّاني: أنَّا رأينا الشَّارع في أحكامه في العادات والمعاملات يتوسَّع التَّوسُّع الذي ليس يخفى في بيان العلل وإبرازِ المناطات وتعليق الأحكام بها؛ فدلَّت هذه الكثرة من الشَّارع على أنَّه قاصدٌ في تلك الأحكام اتِّباعَ المعاني، وفيه تنبيهٌ لأهل النَّظر على اقتفاء العِلَل فيما جَرَى هذا المجرَى وأَخَذَ في هذه السَّبيل. أمَّا العباداتُ فالأمرُ على خِلاف ذلك في العُموم الأغلب[2].

الدَّليل الثّالث: أنَّ الالتفات إلى المعاني المصلحيَّة في العادات ممَّا كان معلوما عند أهل الفترات، وقد عوَّل عليها العُقلاء منهم حتّى استقامت مصالحُهم، وجَرَت حياتُهم على نوع اتّساق وانتظام؛ بحيث قامت لهم حضاراتٌ مشهودة، ومدنيّات راقية؛ إلاَّ أنهم قصَّروا في جملة من التَّفاصيل؛ فجاءت الشَّريعة لتبلُغ بنُظم الحياة مبالغ الكمال التي لا يُناصيها نظام، وتعرُج بها إلى معارج التَّمام؛ أمَّا وجوه التَّعبدات عند أهل افترات فقد ضلُّوا فيها الضّلال البعيد؛ و لم تكُن العقول لتستقلَّ بدَرك وجوه التَّعبد وأوضاعه؛ بل من هذه الجهة دخل على كثير منهم التغييرُ للشَّرائع المتقدِّمة؛ إذ أعملوا عقولهم فيما لا مجال لإعماله. ومنه عُلِمَ افتقارُ أبواب العبادات إلى

[1] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٠٥، ٣٠٠.

[2] المصدر السابق ٢/٣٠٦-٣٠٧، ٣٠١-٣٠٢

التَّوقيف من الشَّارع والوُقوف عنده وعدم الالتفات إلى المعاني؛ بخلاف أبواب العادات المعاملات[١].

وعلى هذا النَّهج مشى مالك وأصحابُه، وبهذا الأصل تمسَّكوا واعتمدوا؛ قال الشَّاطبيّ: «فالمصالح المرسلة عند القائل بها لا تدخل فى التَّعبّدات البتَّة؛ وإنَّما هي راجعة إلى حفظ أصل الملة وحياطة أهلها في تصرُّفاتهم العادية، ولذلك تجد مالكا وهو المسترسل في القول بالمصالح المرسلة مُشدِّدا في العبادات أنْ لا تقع إلاَّ على ما كانت عليه في الأوَّلين»[٢].

وإذْ استبان مجالُ توظيف أصل الاستدلال المرسل فإنّي أُعقِبُ البحث بتجليَة موقع هذا الأصل في السّياسات الاستصلاحية في المذهب المالكيّ:

الفرع الثّاني: التَّوسعة على الحكام في الأحكام السّياسية الاستصلاحية التّعزيريّة:

مِن أجلى مظاهر سُلوك مسلك الاستصلاح تلافي الفَسادِ الحاصل للخلق، ومُعالجة ما يعتري المجتمعات من انحراف وشُرور؛ والسِّياسة الشّرعية التي يرجع دليلُ اعتبارها إلى المصالح المرسلة كفيلةٌ بأنْ تكون سبيلا للتَّصدّي لهذا الفساد الحادث الذي لا نجد له في الشَّرع حكما منصوصا على عينه أو أصلا يقاس عليه؛ وإنَّ طبيعة تبدُّل الأحوال وتغيُّر الأزمنة والأمكنة والبيئات ممَّا يستوجب ضرورةً أنْ تكون المصالح وإلى جَنبها المفاسد والشّرور مُتجدِّدة، وهذا ما يلزم حيالَه اللُّجوء إلى خِطة الاستصلاح لتحصيل المصالح المستجدَّة ولتلافي المفاسد المستحدَثة.

وقد قرَّر عُلماء المالكيَّة أن خطَّة الاستصلاح من أهمّ الخطط التي يُستند إليها في التَّوسعة على الحكّام في الأحكام السّياسيّة الاستصلاحيّة التّعزيريّة، وعدمِ الجمود في هذا المقام على سياسات ثابتة لا تتغيَّر ولا تَلحظُ تغيُّر الأزمنة والأمكنة والبيئات. وممَّا ينبغي أن يُنبَّه إليه أنَّ كثيرا من السِّياسات التي رُويت لنا عن الصَّحابة ﷺ كانت سياساتٍ تحكمُها طبيعة الظَّرف من زمان ومكان، وطبيعةُ الوازِع الذي كان في عهدهم، غيرَ أنَّ بعض الفقهاء ممَّن جاؤوا بعد عهد الصحابة حسِبوا أنَّ هذه السِّياسات شرائعُ عامَّة إلى يوم القيامة، فليس لهم أن يتصرَّفوا فيها بما يقتضيه الظَّرف المكيِّف لطبيعة المصلحة، وقد نبه إلى هذا الخلل ابن القيِّم حيث قال رحمه الله في سياق ذكره لبعض اجتهادات الصحابة المرتكزة على المصلحة:

---

[١] المصدر السابق ٢/٣٠٧، ٣٠٢. وانظر في المسألة كذلك: الموافقات ٢/٣٩٦.

[٢] المصدر السابق ٣/٧٤-٧٥.

«والمقصود: أنّ هذا وأمثاله سياسةٌ جزئيّةٌ بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمنة، فظنّها من ظنّها شرائع عامّةً لازمةً للأمّة إلى يوم القيامة...»[١].

وكثيراً ما نجد المالكيَّة يُعلِّلون بعضَ الأحكام السّياسيّة التَّعزيريّة -وغالبها من قبيل التّشديد- بأنَّ "الزَّمان قد فسد"، وأن "الحكم الذي كان في العهد الأوَّل إنَّما كان والناسُ أهلُ أمانة ودِيانة"، أمَّا وقد ضعُف الوازِع فإنَّه من الغلط على الشَّريعة ومن الظُّلم للخلق أن يُترك الأمر من غير معالجة مرتكزة على رعي المصلحة الشّرعيّة التي أُسِّس عليها التَّشريع. فالضَّررُ والحرجُ لاحق بالخلق إنْ لم يُستأنف النَّظر فيما هذا سبيله.

قال القَرافيّ مقرِّراً أصلَ التَّوسعة على الحكّام في الأحكام السّياسيّة الشّرعيّة: «أن **الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول** ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشّرع بالكليَّة، لقوله ﷺ : **"لا ضرر ولا ضرار"**[٢] وترك هذه القوانين يؤدّي إلى الضَّرر، **ويؤكد ذلك جميع النّصوص الواردة بنفي الحرج»**[٣].

ثمَّ إنَّ الشَّارع في أصل وضعه للشَّرع كان ناظرا إلى اختلاف الأحوال في بناء الأحكام على أساس اختلاف المصلحة فيها. وهذا ما يُفسِّرُ الاختلافات والمُباينات الكثيرةَ في الشَّرع التي قد يَظُنّ مَن لم يُنعم النَّظرَ فيها أنَّها تفريق بين المتماثلات؛ والأمر ليس كذلك، بل كان التَّفريق على أساس المصلحة المختلفة بحسب الظَّرف الموجب له والدَّاعي إليه[٤].

ومن القواعد الشَّاهدة لأصل التَّوسعة على الحكَّام في السّياسات التّعزيريّة قاعدةُ التَّوسعة في حال ضاق الأمر وبَدَا الحرج والمشقَّة؛ لأنَّه إّذا ضاق الأمر عن استصلاح الفساد إلاَّ بالاتساع في هذه السيياسات تُوسِّع فيها؛ وقاعدة التَّوسعة ملحوظةٌ في كلِّ أبواب الشريعة في حال ضاق الأمر[٥].

---

[١] ابن القيم، الطرق الحكمية ١٩.

[٢] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم ١٤٢٩؛ وأحمد في مسنده، رقم ٢٨٦٧، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٤٠٨/٣، رقم ٨٩٦، وفي السلسلة الصحيحة رقم ٢٥٠.

[٣] القرافي، الذخيرة ٤٥/١٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١٥٣/٢.

[٤] القرافي، الذخيرة ٤٥/١٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١٥٤/٢.

[٥] القرافي، الذخيرة ٤٦/١٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١٥٥/٢.

الفرع الثّالث: أهمِّيَّة هذا أصل الاستدلال المرسل في تدبير أمور الأمَّة:

إنَّ من أعظم الخطط التَّشريعية الكفيلة بخُلود الشَّريعة وصلوحيّتها في أن تكون شريعة مهيمنة على الحياة، وحاكمة لها على خير نظام وأقوم سبيل؛ خطّةُ المصالح المرسلة التي تُنير للمجتهد النّاظر في أحوال الأمَّة وما ينوبها الطُّرقَ والمسالكَ المصلحيّة التي تجعل من الأمَّة أمّة متمدِّنة مُتحضِّرة تتوخّى العدل وتنشد المصلحة التي ارتضاها الشَّارع للأمة في أحكام شرعه؛ قال ابن عاشور: «طريق المصالح هو أوسع طريق يسلُكه الفقيه في تدبير أمور الأمَّة عند نوازلها ونوائبها إذا التبست عليه المسالك، وأنَّه إنْ لم يتَّبع هذا المسلك الواضح والحجَّة البيضاء فقد عطَّل الإسلام عن أن يكون دينا عامّا وباقيا»[1].

وممَّا يُجلّي هذا الذي قدمته أنَّ القياس –بمفهومه الضّيِّق- كخطَّة تشريعيّة لا يقوم بتغطية جميع الحوادث بالأحكام، كما أنّ النّظر في هذا النوع من الاجتهاد هو نظرٌ جزئيّ؛ إذْ يتعلّق القايسُ بتشبيه فرع بمسألة ورد فيها النّصّ أو الإجماع؛ فيحتاج ذلك إلى أن يرجع في كلّ مسألة حادثة إلى تقصّي الجزئيات والنّظر فيها وتلمُّس وجه الشّبه...وهذا ما قد لا يسمح به الظَّرف لتسارع الأحداث في تطلُّب الحكم الشَّرعي؛ أمّا خطّة الاستدلال المرسل فإنَّ المسائل الحادثة تُعرَض على أجناس المصالح التي عُهِدَ في الشّرع اعتبارُها، ثمَّ الخُلوص إلى المشابهة بين المسألة الحادثة والأجناس المصلحيّة الشّرعية؛ وهذا من اليُسر والسّرعة الذي لا يكون في القياس الأصوليّ الخاصّ[2].

على أنَّ غالب ما يتعلَّق بالمصالح المرسلة هو ما كان من قبيل السّياسات العامَّة المصلحيَّة، التي لا تحتمل أنْ يَذهَب بها المجتهدُ إلى التَّشبيه بجزئيات التَّشريع، بل النَّظرُ فيها ينبغي أنْ يكون بمقايسَتها على أساس منطقِ التَّشريع في أحكامه ومنهاجِه فيه وروحِه التي تسري في كيانه؛ ففي ذلك ما يُكسِبُ الحكمَ الذي يُنتهَى إليه قُوَّة ورَجاحة لإيالته إلى الأصول القطعيَّة أو القريبة من القطع.

وتأسيساً على ما سبق؛ فإنَّ وظيفة الإمام الذي يتولّى أمر الأمَّة هو السَّعي في مصالحها جلبا لها ودفعا لما يكون خارما لها؛ قال القاضي ابن العربيّ: «الإمام ناظر للمسلمين؛ فينظر فيما

---

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٥-٣١٦.

[2] انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٩٩-٣٠٠.

هو أعودُ لهم بالمصلحة، وأنفعُ في الآجلة والعاجلة»[١]. ومِنْ حِكمةٍ شَرَط العلماءُ لمتولّي الإمامة العُظمى شرطَ الاجتهاد؛ فبذلك يمكن للإمام أنْ يكون نظرُه في مصالح الأمَّة متكيِّفا بقواعد الشَّرع وسالِكا منهاجَه. بل إنَّ الأحكام التي تَستنِدُ إلى المصالح المرسلة والتي تتعلَّقُ بعُموم الأمَّة ينبغي أنْ لا يختصَّ بها الإمام؛ تسديداً للاجتهاد، وتلافياً للاستبداد؛ فيجب أنْ يُشرك فيها المجتهدون نظرا وتقريرا، لا على أنَّه شرط كمال وتمام، بل على أنَّه شرطٌ وجوب ولزوم.



[١] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٥٩٨، القرافي، الذخيرة ١٠/٤٣.

المبحث الثّالث:

المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب

وتكون دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأوَّل: الأدلَّة النَّاهضة بالحجّيَّة.

المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على أصل حجيَّة المصالح المرسلة.

المطلب الثالث: علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب.

المطلب الأوّل: الأدلَّة النَّاهضة بالحجّيَّة:

أصلُ الاستصلاح يستمدُّ حجيَّته من أدلَّة الشَّرع؛ فلذلك كان هذا الأصلُ أصلا من أصول الشَّريعة، قال الشَّاطبي: «المصالح المرسلة وهي من أصول الشريعة المبنيّ عليها؛ إذْ هي راجعة إلى أدلَّة الشَّرع»[١].

ومَنْ خالف في أصل حجيَّته فهو محجوج بما سيأتي من أدلَّة قاطعة في المسألة؛ لذا فلا اعتدادَ بمن خالف فيها، قال ابنُ عاشور: «ولا يُخالف في أصل اعتبارِه مُنصفٌ بعدما يمرُّ على تصاريف الشَّريعة وفهمِ أساطين حَمَلَتِها»[٢].

وهذا الذي حَمَل القاضي ابنَ العربيّ أن يقسُوا في العبارة على مَن لم يعتبر المصالح المرسلة والاستحسان وعدَّ المنكر لذلك إنَّما أُتِيَ من عدم فهم الشَّريعة؛ قال: «**ولم يفهم الشّريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيصَ العلَّة**؛ وقد رام الجوينيُّ رد ذلك في كتبه المتأخرة التي هي نخبة عقيدته ونخيلة فكرته فلم يستطعه، وفاوضت الطوسي الأكبر في ذلك وراجعته حتى وقف»[٣].

بل لقد بلغ الأمرُ بابنِ عاشور أن يُلحق من قال بردِّ الاستدلال المرسل من غير تردّد بنُفاة القياس، قال رحمه الله: «ويُشبِهُ أنْ يكون المخالف في تحصيلها بدون تردّد مُلحقا بنُفاة القياس...»[٤].

وجملة الأدلة الناهضة بحجية المصالح المرسلة تتمثل فيما يلي:

الدليل الأول: عمل الصحابة وإجماعهم:

لقد لحِقَ النَّبيُّ ﷺ بربّه والدِّينُ قد تمَّ وكمُل، فخلف الصَّحابة الأكارم ﷺ نبيَّهم في منصب التَّوقيع عن الله وفي سياسة الأمة والنَّظر في مصالحها، فقاموا بهذا المنصب حقَّ القيام، وكانوا لمن بعدهم أئمَّة يُهتدى بهديهم ويُستنّ بطريقتهم في الاجتهاد السِّياسي والنَّظر المصلحيّ.

والنَّاظر في عهد الصحابة يجد بأن هنالك تحديات واجهوها، من أبرزها:

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٣/٧٤.

[٢] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢٢١.

[٣] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/٢٧٩.

[٤] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١١.

وفاة النبي ﷺ، وكان مصدرا للأحكام؛ واتّساع الرّقعة الإسلاميّة اتّساعا لم يكُن في عهده ﷺ، ممَّا استدعى نظرا جديدا في طريقة إدارة الدَّولة بحيث تُحفظُ مصلحة الأمَّة في أيّ موقع كانت. وكان من نتاج الأمر السَّابق أنَّ أمما وشُعوبا دخلت تحت مظلَّة الإسلام وحُكمه، ولهذه الشعوب حضارتُها ومدنيَّتُها وثقافتها وعاداتُها؛ ممَّا استدعى بعضَ المعالجات السِّياسيَّة والنَّظر المصلحيّ في كثير من النَّواحي والمجالات.

وإنَّ المتصفِّح لسياسات الصحابة وبخاصَّة الخلفاء الراشدين؛ ليعجب من هذا التَّوسع في الأخذ بالمصالح والاستناد إليها دون تهيُّب ولا تلكُّؤ، مع المحافظة على قصد الشَّارع في الأحكام، بل إنَّ الصَّحابة قد أخذوا بمصالح وسلكوا سياسات لم يكن ليأخُذ بها الفُقهاء بعدهم.

والصَّحابة ﷺ بحكم مُعايشتهم للتَّنــزيل ومجالستهم لنبيِّ الإسلام ﷺ، وإشراكه ﷺ لهم في التَّطبيق، ومُشاورتِهم في القضايا الخاضعة للسِّياسة والمصلحة، كلُّ ذلك كان عوناً لهم وسَنَداً في تلك الاجتهادات المصلحيَّة التي سنُّوها.

وخيرُ مَن اقتُدِيَ به بعد النَّبيِّ ﷺ هم الصَّحابة ﷺ فهُمْ أكملُ الأمَّة رَأيا، وأسدُّهم نَظَراً، وأفهمُهم لدين الله.

قال الأبياريُّ محتجا للمصالح المرسلة: «إذا نَظَرَ المُنصفُ في أقضية الصَّحابة ﷺ تبيَّن له أنَّهم كانوا يتعلَّقون بالمصالح في وجوه الرَّأي، ما لم يدلّ الدّليل على إلغاء تلك المصلحة...وهو أمرٌ مقطوع به عن الصَّحابة»[١].

وعلى نهج الأبياري في الاستدلال قال القرافي: «...أنَّهم ﷺ حدَّدوا أمورا بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها منها:...وأمورٌ كثيرة لاتُعدُّ ولا تُحصى لم يكُن في زمن النَّبيِّ ﷺ شيءٌ منها؛ بل اعتمد الصَّحابة فيها على المصالح مُطلقا، سواء تقدَّم لها نظير أم لا. وهذا يُفيد القطعَ باعتبار المصالح المرسلة مُطلقا؛ كانت في مواطن الضَّرورات أو الحاجات أو التَّتمّات»[٢].

بل إنَّ غالب ما وقع من إجماع في عهد الصَّحابة ﷺ كان مستنده المصالح المُرسلة؛ حاشا المعلوم من الدِّين ضرورة؛ وفي هذا يقول الشَّيخ ابن عاشور: «ونحنُ إذا افتقَدْنا إجماعَ سَلَف الأمَّة من عصر الصَّحابة ومن تبعهم؛ نجِدُهم ما اعتمدوا في أكثر إجماعهم -فيما عدا المعلوم من

---

[١] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٠.

[٢] القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧١/٩-٤٢٧٢، ابن فرحون، التبصرة ١٥٣/٢-١٥٤، وقرر المعنى نفسه الرازي في: المحصول ٢٢٥/٦، والشاطبي في الاعتصام: ٣٠٨/١-٣٠٩.

الدّين بالضَّرورة- إلاَّ الاستناد إلى المصالح المرسلة العامَّة أو الغالبة، بحسب اجتهادهم الذي صيَّر تواطُؤهم عليه أدلَّة ظنيَّة قريبة من القطع؛ وقلَّما كان مُستندُهم في إجماعهم دليلا من كتاب أو سنَّة. ولأجل ذلك عُدَّ الإجماع دليلا ثالثا لأنَّه لا يُدرَى مُستندُه، ولو انحصر مُستندُه في دليل الكتاب والسُّنَّة لكان ملحقا بالكتاب والسنة ولم يكن قَسيما لهما»[١].

ومن القضايا التي كان مرجعُ الحجة فيها لدى الصَّحابة ﵃ هو أصل الاستدلال المرسل:

١- جمع المصحف في عهد أبي بكر وفي عهد عثمان رضي الله عنهما[٢]:

ففعلُ الصَّحابة هذا كان سياسة منهم مُستندين في ذلك إلى المصالح المرسلة، فلم يَسبِق لصُنعهم الذي أقدموا عليه فعلٌ منه ﷺ ولا أمرٌ منه لهم بفعله والإقدام عليه؛ قال القرافيّ: «ولم يتقدَّم فيه أمرٌ ولا نظير»[٣]، وعدمُ الأمر وانتفاءُ الأسبقيَّة في عهده ﷺ لم يكُن حاجزا للصَّحابة ﵃ دون الإقدام على ما صنعوا؛ ذلك أنَّ الموجِب الذي استندوا إليه والمقتَضي الذي اعتمدوا عليه في جمع القرآن لم يكُن في عهد النَّبيِّ ﷺ؛ فرأوا أنَّ من مصلحة الدِّين حفظا له أن يجمعوا القرآن في مُصحف جامعٍ لِمَا وقَع من كثرة القتل بالقُرَّاء الذين جمعوا القرآن حِفظا، فخُشِيَ إنْ تَركوا الأمر من غير عَقْل وإبرام أنْ يندَّ الأمرُ عن الإصلاح؛ قال الشَّاطبيّ: «ولم يرِد نصّ عن النّبيّ ﷺ بما صنعوا من ذلك، ولكنَّهم رأوه **مصلحة تناسب تصرُّفات الشَّرع قطعا**؛ فإنَّ ذلك **راجع إلى حفظ الشَّريعة**، والأمر بحفظها معلومٌ، وإلى منع الذَّريعة للاختلاف في أصلها الذي هو القرآن، وقد علم النَّهي عن الاختلاف في ذلك بما لا مَزيدَ عليه»[٤].

فأساس ما اعتمده الصَّحابة ﵃ في الأمر الذي فعلوه هو المصلحةُ المرسلة؛ وقد عبَّر عنها كلٌّ من عمرَ بنِ الخطَّاب وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما بقولهما: «**هو والله خير**»[٥].

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢.

[٢] القرافي، شرح التنقيح ٤٤٦، نفائس الأصول ٤٢٧١/٩، ابن فرحون، التبصرة ١٥٤/٢، الشاطبي، الموافقات ٣٤١/٢-٣٤٢، الاعتصام ٤٥/١، ٣١١/١، ١١٧/٢، العلوي، نشر البنود ١٢١/٢، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢-٣١٣، بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ٧٠، أبو زهرة، مالك ٣١٨.

[٣] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ١٥٣/٢-١٥٤.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ١٦/٣.

[٥] تقدم تخريجه.

قال ابنُ عاشور: «فقول عمر: "هو والله خير" ثمَّ انشراح صدر أبي بكر؛ نعلم منه أنَّه من المصالح؛ لأنَّ الخير مرادٌ به الصَّلاح للأمَّة. وقولُ أبي بكر وزيد بن ثابت: "لم يفعله رسول الله ﷺ" نعلم منه أنَّه مصلحة مرسلة ليس في الشَّريعة ما يشهد لاعتبارها، وقد أجمع الصَّحابة على اعتبار ذلك»[١].

فإذا ثبت أنْ لا دليلَ للصَّحابة في القول بجمع القرآن إلا المصالح المرسلة؛ ثَبَتَ بذلك أصل المصالح المرسلة بإطلاق؛ لأنَّه إذا ثبت جزئيٌّ واحد في المصالح المرسلة -وسلَّم به المعترِض- ثَبَتَ به مطلق المصالح المرسلة؛ إذْ لا يستقيم البتَّة الإقرارُ به كدليل في مسألة ثمَّ يُعترَض عليه كأصل؛ وفي هذا يقول الشَّاطبي: «وإذا ثبت جزئيٌّ في المصالح المرسلة ثَبتَ مُطلق المصالح المرسلة»[٢].

٢- اقتصار الجمع في عهد عثمان ﷺ على حرف واحد من الحروف السَّبعة[٣]:

ومِن أجلى وأعظم السِّياسات الشَّرعية التي ناء بها الخليفةُ الرَّاشد عثمانُ ﷺ هو جمعُ النَّاس على حرف واحد وكتابتُه المصاحف للأمصار لتكون إماماً لهم، ثمَّ تحريقُه المصاحف ممَّا في أيدي النَّاس. والسَّببُ الدَّاعي لعثمانَ ﷺ لما صنعه هو ما وقع من اختلاف بين أفراد الأمَّة وقد اتَّسعت الرُّقعة الإسلاميَّة وانضوى تحت لواء هذا الدِّين شُعوبٌ وأجناس، فلم يستوعبوا هذا الاختلاف في الأحرف التي نـــزلَ القرآن بها، بل كان ذلك سببا لفتنة بعضهم؛ فكان الرَّأي المصلحيُّ الحازِم من عثمانَ ﷺ بمشورة من كبار الصَّحابة الاقتصار على حرف واحد وحمل النَّاس عليه؛ وهذا حسما لمادَّة الاختلاف في القرآن المؤدِّي إلى الاختلاف في الدِّين نفسه[٤].

٣- وترك عمر قسمة المغانم من أرض سواد العراق؛ لتكون عدَّة لنوائب المسلمين إذا قلت الفتوح[٥]. فنرى من هذا الاجتهاد الفريد من عمرَ بنِ الخطَّاب ﷺ عدم قسمه الأرض المفتوحة عُنوةً على الفاتحين وإنَّما تركها أرضَ خراج، وهذا الفعل المصلحيّ من عمرَ ﷺ إنَّما كان على أساس من **المصلحة العامة** التي ينبغي أنْ تُراعى في الاجتهاد، فرأى هو وبعضُ جلَّة الصحابة ﷺ أنَّ الدَّولة اتَّسعت رُقعتها، والدُّول المجاورة للدَّولة الإسلاميَّة تتربَّص الفرصة بالدَّولة

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٢-٣١٣، وانظر الموافقات ٢/٣٤١-٣٤٢.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ١/٤٥، ٣١١.

[٣] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التبصرة ٢/١٥٣،

[٤] ابن القيم، الطرق الحكمية ١٩، إعلام الموقعين ٤/٢٨٣.

[٥] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٣.

الفتيَّة، و لم تكُن الإيرادات التَّقليديَّة لتفي باحتياجات الدَّولة وحفظ أمنِها؛ فكان الرَّأيُ الحكيم أنْ تُترك أرضُ السَّواد بيد أهلها الأصليِّين على أن يُفرَض عليهم الخراجُ الذي يُستعان به في تلبية احتياجاتِ الخلافة الإسلاميَّة.

ولا يُقال: إنَّ هذا الاجتهاد من عمرَ ﷺ قد خالفه فيه بعضُ الصَّحابة؛ فلا يستقيم أنْ يُدخَلَ ضمن إجماع الصَّحابة على الاستناد إلى المصالح المرسلة؛ لأنه يُجاب عن ذلك: بأنَّ الإجماع حاصلٌ لا بخُصوص هذه الواقعة الواحدة، وإنَّما الإجماع في القدر المُشتَرَك بين كلِّ هذه الوقائع والاجتهادات التي نَقطع معها أنَّ الصحابة ﷺ كانوا يرجعون إلى هذا الأصل في الاستدلال إنْ أعوَزَهم الدَّليل السَّمعيُّ.

٤-تضمين الصُّنّاع:

قضى الخلفاء الراشدون ﷺ بتضمين الصناع؛ ووجه المصلحة في تضمينهم أنَّ النَّاس لا استغناء لهم عن الصّنّاع ولهم بهم حاجة ماسَّة، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التَّفريط وترك الحفظ، فلو لم يُحكَم بتضمينهم مع الحاجة الملحَّة إليهم لأدَّى ذلك إلى أحد أمرين:

إمَّا ترك الاستصناع جملة؛ وهذا ممَّا يشقّ على الخلق ويوقعهم في الحرج والعَنَت، والشَّرعُ قَصدَ في أحكامه إلى رفع الحرج عنهم، ودفع المشقَّة الواقعة أو المتوقَّعة بهم.

وإمَّا أن يَعملوا ولا يضمنوا ذلك إن ادَّعوا الهلاك أو الضَّياع، فتضيع أموال الناس ويكون ذلك سببا إلى تطريق الصّناع على الخيانة وعدم التَّحرُّز؛ لا سيَّما مع فساد الزَّمان، وقلَّة الدِّيانة والأمانة؛ وعليه كانت المصلحة أن يضمَّنوا حفظا للمصلحة العامَّة وتقديما لها على المصلحة الخاصَّة[1].

وهذا المعنى هو الذي رمى إليه علي ﷺ في قوله: «لا يُصلحُ النَّاسَ إلا ذلك»[2].

٥- الاشتراك في القتل:

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل ٤٣٠/٥، عليش، منح الجليل ٥١٣/٧، الشاطبي، الاعتصام ١٩/٣-٢٠، أبو زهرة، مالك ٣١٩.

[2] ابن أبي شيبة، المصنف رقم: ٢١٠٥١، ٣٦٠/٤.

ذهب عمرُ بن الخطَّاب[1] وجلّة من الصَّحابة ﷺ إلى إنفاذ القصاص على الجماعة المشتركة في قتل الواحد، وهذا منهم اعتمادا على المصلحة المرسلة؛ إذْ لا نصَّ في عين المسألة وخُصوصها، وليس لهذه المسألة أصلٌ معيَّن يُقاس عليه؛ فلا يُقال إنَّ أصله قتل المنفرد؛ إذْ إنَّه قاتل حقيقة، والمشترك ليس بقاتل حقيقةً؛ غير أنَّ المصلحة الكليَّة القاضية بحفظ الدِّماء المعصومة وحقنها تقضي بوُجوب القصاص على المشتركين؛ إذ لو لم يجب القِصاص لأدَّى ذلك إلى انخرام هذا الكُليِّ؛ وذلك بأن يتذرَّع النَّاس بالاشتراك في القتل لتلافي القِصاص عنهم لعلمهم بارتفاعه، وهذا أعظمُ خَرْقٍ وخرم لهذا الكُليِّ؛ فاقتضت المصلحة الكليَّة في حفظ الأنفس وجوبَ القصاص على المشتركين في قتل الواحد؛ وهذا عينُ القول بالمصلحة المرسلة[2].

ومن ذلك –على وجه الاختصار-: تدوين ديوان العطاء[3]، وترك عمر ﷺ الخلافة شورى بين ستة، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما، ولم يتقدم فيهما أمر ولا نظير، واتخاذ السِّجن وغير ذلك مما فعله عمر ﷺ، وهدم الأوقاف التي بإزاء المسجد يعني مسجد رسول الله ﷺ والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه[4].

إلى غير ذلك من النَّماذج الاجتهادية التي كان أساس الاعتماد فيها على المصلحة المرسلة التي يشهد لها بالاعتبار الأصول الكلية في الشَّريعة.

الدَّليل الثاني: أصل القول بالعموم المعنويّ:

مِن أعظم المسالك وأجلّها في تقرير الأدلَّة الشَّرعية والاستدلال لحجيَّتها؛ اقتناصُ ذلك من تصاريف الشَّريعة وتصرُّفاتها المبثوثة في جميع الأبواب؛ بحيث يحصل من خلال الاستقراء للجزئيّات والتَّتبُّع لها أنَّ الشَّريعة تجري على منطق في التَّشريع ومنهج في السَّنَن، يُعلم ذلك لا بدليل واحد مُنفرد وإنَّما يؤخذ من مجموع أدلَّة مُتكاثرة تلتقي في قدر مُشترك يكون مناطَ

---

[1] مالك، الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر، رقم: ١٥٦١، سحنون، المدونة ٥٥٤/٤

[2] الشاطبي، الاعتصام ٤٠/٣-٤١، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٨٠٢/٢، سحنون، المدونة ٥٥٤/٥.

[3] العلوي، نشر البنود ١٢٢/٢، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١٣، ابن فرحون، التبصرة ١٥٣/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٤.

[4] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، نفائس الأصول ٤٢٧١/٩-٤٢٧٢، ابن فرحون، التبصرة ١٥٣/٢، العلوي، نشر البنود ١٢١/٢-١٢٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٤.

الحكم في السَّنَن والتَّشريع؛ فيُعتمد هذا الأصل الكليُّ المستنبط من تفاريعِ الشَّريعة كدليل عامٍّ يُستند إليه في بناء الأحكام.

وأصل الاستدلال المرسل مأخوذ من هذا المسلك في إثبات الأدلَّة وتقريرها؛ إذ إنَّ استقراء المناسبات المصلحيّة يُفيد أنَّ الشّارع يَقصد إلى تحقيق مصالح معيَّنة؛ فيحصل من خلال هذا الاستقراء القطعُ بأصول مصلحية كليَّة مأخوذة من جزئيَّات مُتناثرة في التَّشريع؛ فإذا عُرض على المجتهد -الذي ارتكزت في ملكته الاجتهاديّة تلك الأصولُ المصلحية الكليَّة- نازلةٌ لا نصّ فيها فيعتمدَ عليه، ولا وجود لأصل معين فيقاس عليه؛ فإنَّه يعرض تلك المسألة على الكليّات القارَّة في ملكته فيجدها جارية على أصل من تلك الأصول، وأن المنطق التّشريعي الإسلاميّ يشهد لها بأنَّها من جنس المصالح التي شَرَعها الشّارع في أحكامه؛ فلا يكاد هذا المجتهد أن يتردّد في إلحاق هذه المصلحة بتلك المصالح التي انتظمها الأصلُ الكلي؛ وكانت كلّ المصالح التي هي منتظمة فيه شاهدةً بالاعتبار لهذه المصلحة التي سكت الشّرع عن اعتبارها عينا بنصٍّ أو بأصل.

فلا ضيرَ في أنْ لم يكُن لهذه المسألة دليل أو أصل معيَّن، ما دام قد شهد لها أصلٌ كليٌّ في الشرع بالاعتبار؛ وحكم هذا الأصل الكليّ حكمُ العموم اللفظيّ في دلالته على الأفراد؛ فكما أن العموم اللفظيَّ حجةٌ في الدلالة على الأفراد الدّاخلة فيه فإنَّ الأصل الكلي هو بمثابة عموم معنويّ يدلُّ على الأفراد المنضوية تحته. وشبيهٌ بالعموم المعنوي المتواترُ المعنوي؛ فإنَّ التواتر فيه لم يكُن بالتَّنصيص عليه؛ وإنَّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزئيّات والوقائع التي أفادت معنى مشتركا، وإن اختلفت الصور والوقائع كجود حاتم طيء وشجاعة علي رضي الله عنه[١].

فمثلا لو فرضنا عدم وجود صيغة عامَّة على رفع الحرج؛ فإنَّا نعلم كونه أصلا شرعيًّا لا بدليل واحد وإنَّما بأدلَّة فوق الحصر والعدّ؛ فالمتتبّع لأحكام الشَّارع الحكيم يجد أنه راعى هذا المعنى في كثير من الأحكام؛ فمثلا الرُّخص كلُّها تلِجُ من بابة رفع الحرج والمشقة، فيعدّ أصل رفع الحرج من قبيل العموم المعنويّ الذي يصير حجَّة في دلالته على أفراده[٢].

الدليل على اعتبار العمومات المعنوية:

وإذا ثبت هذا؛ فإنَّ الذي شهد بحجية العمومات المعنوية جملة أدلَّة:

---

[١] الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠. وانظر تقرير الشاطبي للعموم المعنوي في الموافقات ٣/٣٠٦-٣٠٧.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٦-٣٠٧.

أحدها: أنَّ الاستقراء هكذا جريانُه؛ فهو تتبّع جزئيات معنى معيَّن ليُستخلص من هذا الاستقراء كُليّ عامٌّ يتضمَّن حكما عامًّا؛ فإذا ثبت هذا الكليّ أُجري حكمُه على كلِّ فرد ينضوي تحته؛ وهذا هو معنى العموم[1].

الثَّاني: مفهومُ التَّواتر المعنوي يجري على هذا الأصل؛ فإنَّ التواتر فيه لم يكن بالتنصيص عليه؛ وإنَّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزئيّات والوقائع التي أفادت معنى مشتركا وإن اختلفت الصّور والوقائع؛ كجود حاتم طيء وشجاعة علي ﷺ فإنَّ الجود والشجاعة ثبتا عندنا بالإطلاق دون تقييد، وعلى العموم من دون تخصيص، ولم يُنقل إلينا الحكمُ بهما على حاتم وعلي ﷺ نصّا؛ وإنَّما رُويت لنا رواياتٌ وحوادثُ كان القدر المشترك فيها يفيد معنى الجود والشجاعة؛ وهكذا هو العموم المعنوي[2].

الثَّالث: أصل الذرائع إنما كان العمل به من قبل السلف على هذا الأصل؛ لأن المنصوص فيه أمور خاصة[3]؛ كما سيأتي بيانه في بحث سد الذرائع.

الدَّليل الثَّالث: إذا كان القياس حجَّة فإنَّ المصالح المرسلة أوْلى بالحجيَّة:

لقد استند العلماء القائلون بالاستصلاح بدليل أنَّ الأخذ بالمصالح المرسلة أوْلى من الأخذ بالقياس الأصوليّ؛ إذ محصِّل القياس إلحاقُ جزئيّ لا نصَّ على حُكمه بجزئيٍّ آخرَ جاء في الشَّرع التنصيصُ على حكمه لعلَّة جامعة بينهما، أمَّا الأخذ بالمصالح المرسلة فهو إدراجُ مصلحة لا نصَّ على اعتبارها في الشَّرع تحت أصل كليٍّ قطعيّ أو قريب من القطع، وهذا لدخول هذه المصلحة تحت جنس المصلحة التي دلَّ عليها الأصل الكليّ؛ إذاً فليس إلحاقُ الجزئيّ بالجزئيّ بأوْلى من إلحاق الجزئيّ بالأصل القطعي أو القريب منه؛ قال ابن عاشور: «ولا ينبغي التردّد في صحة الاستناد إليها، لأنَّنا إذا كنّا نقول بحجيَّة القياس الذي هو إلحاق جزئيّ حادث لا يُعرف له حكم في الشّرع بجزئيّ ثابت حكمه في الشَّريعة للمماثلة بينهما في العلَّة المستنبطة-: فلأنْ نقول بحجيَّة قياس مصلحة كليَّة حادثة في الأمَّة لا يُعرف لها حكم على كلية ثابتٍ اعتبارُها في

---

[1] المصدر السابق ٣/٢٩٨.

[2] المصدر السابق ٣/٢٩٨-٢٩٩.

[3] المصدر السابق ٣/٣٠٠.

الشَّريعة باستقراء أدلة الشريعة الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي؛ أوْلى بنا وأجدرُ بالقياس وأدخلُ في الاحتجاج الشَّرعي»[١].

وإبراز وجه الأولويَّة يكون كما يأتي:

يعرِضُ للقياس في طريق إجرائه ثلاثة احتمالات[٢]:

أوَّلا: يدخل الاحتمال الأوَّل في الأدلَّة التي ثبتت به أصولُ الأقيسة؛ إذْ لا بدَّ للأصل المقيس عليه أن يدلَّ عليه دليل؛ وغالبُ الأدلَّة المثبتة لأصول الأقيسة أدلَّة ظنيَّة لا قطع فيها.

ثانيا: يدخُل الاحتمال الثَّاني في تعيين الأوصاف التي يكون على أساسها إلحاقُ الفرع بالأصل، فعمليَّة الوقوف على هذه العلل ممَّا يعتريه الزَّللُ والغلط؛ لذلك نجد العلماء كثيرا ما يختلفون في علل الأحكام كعلة تحريم الرِّبا.

ثالثا: كذلك فإنَّ الاحتمال يدخل عمليَّة القياس في إجراء المشابهة بين الفرع وأصله في العلَّة التي بُنِيَ الحكمُ عليها؛ أي أنَّه قد يجري الزَّلل في تحقيق مَناط الحكم في الفرع.

أمَّا إذا رجعنا إلى المصالح المرسلة فلا نجد هذه الاحتمالات بهذه الصفة التي بُيِّنَت في القياس:

أوَّلا: الأصول الشَّرعية الكليَّة التي تستند إليها المصالح المرسلة هي أصولٌ قطعيَّة أو قريبة من القطع؛ لأنَّ دليل هذه الأصول هو استقراءُ الشَّريعة في مناسباتها المصلحيَّة؛ والعلمُ المستفاد من هذا النَّوع من الاستقراء هو القطع أو الظَّنُّ الذي يُناصيه ويُقاربُه[٣].

ثانيا: المصالح «واضحة للناظر فيها وضوحا مُتفاوتا؛ لكنَّه غير مُحتاج إلى استنباط ولا إلى سلوك مسالكه»[٤].

ثالثا: كما أنَّ «أوصاف الحكمة قائمةٌ بذواتها، غيرُ محتاجة إلى تشبيهِ فرع بأصل»[٥].

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٠٩.

[٢] المصدر السابق ٣١٠.

[٣] المصدر السابق ٣١٠.

[٤] المصدر السابق ٣١١.

[٥] المصدر السابق ٣١٠-٣١١.

فإذا تقرَّر أنَّ القياس يدخل عليه صنوفٌ من الاحتمالات وكان مع ذلك حجَّة؛ فأوْلى أن يكون الاستدلال المرسل حجَّة لقلَّة الاحتمال المتطرّق إليه مُقارنة بالقياس.

وعليه فمن أثبتَ القياس وهم جمهور الأمَّة لزِمَ عليه أنْ يُثبت المصالح المرسلة؛ إذْ من نفاها على الإطلاق فهو قريب من نفاة القِياس؛ قال الشيخ الطاهر بن عاشور: «ويُشبه أن يكون المخالف في تحصيلها بدون تردد ملحقا بنفاة القياس...»[١].

المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على أصل حجيَّة المصالح المرسلة:

أقولُ بَدءا إنَّ غالب الاعتراضات على أصل الاستدلال المرسل كانت مبنيَّة على تصوُّر خاطئ له؛ فظنَّ مَن اعترض على المالكيَّة أنّ المصالح المرسلة يُرجع فيها إلى مُطلق ما يَحكم به العقلُ الإنسانيّ من دون أن يكون للشَّرع في هذا النَّوع من الأدلَّة صِلَةٌ أو علاقة؛ والأمرُ على خلاف ذلك؛ فقد تقدَّم في غير موضع اشتراطُ جريان المصالح على وَفق المصالح المعتبرة في الشَّرع؛ ولله درُّ القرافيّ حيث يقول بعد أنْ أبان أنَّ كلام المعترِضين واقعٌ على غير موضعِ نـــزاع: «**ومالكٌ إنَّما يعتبرُ النَّظرَ مِنَ المتكيِّف بقواعِد الشَّرع حتَّى يكون ظنُّه ونظرُه ينفرُ عن مُخالفتها، ويميلُ لموافقتها.** فهذا فرقٌ عظيم وجوابٌ سادّ لا مدفعَ له، **بل هو دافعٌ للتَّشنيع بالكليَّة**»[٢].

ومع هذا فإنّي في هذا المقام أوردُ بعض الاعتراضاتِ على المالكيَّة، وهذا ما يزيد الأصل وُضوحا وبيانا؛ ومعلومٌ أنَّ الحقائق تتبرَّجُ لصاحبها كلَّما كثُرت الاعتراضات عليها، وحوَّمت الاستفساراتُ حولها. وجملةُ هذه الاعتراضات تتلخَّص في الأمور التَّالية:

الاعتراض الأوَّل: لا دليل على حجية هذا الأصل:

مُلخَّص هذا الاعتراض أنَّ الأدلَّة هي: الكتاب والسّنّة، والإجماعُ ملحق بهما، والقياس ممَّا اتّفق عليه مّمن يعتدّ به؛ وعلى هذا فأدلَّة الشّرع المتقدّمة ممّا ثبت الدليل الشرعي على قَبولها؛ فمن ادَّعى وجودَ أصل آخرَ أُلزم بالدَّليل الذي يشهد له بالاعتبار؛ إذ عدمُ الدَّليل هو الدليل على عدم الحجيَّته؛ إذ الحجية مُفتقِرَةٌ إلى الدَّليل[٣].

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣١١.

[٢] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٨.

[٣] الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢، السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٢٥٩.

ويُردُّ على هذا الاعتراض بما تقدَّم بسطُه من الأدلَّة النّاهضة بحجية الاستدلال المرسل؛ من إجماع الصّحابة على الاعتماد عليه في وقائع كثيرة فَرَطَ الإشارةُ إليها، وكذا ما تقدَّم تأصيلُه في العموم المعنويّ، وكذلك فإنَّ القول بالاستصلاح أوْلى وأجدرُ من القول بالقياس؛ فهذه هي الأدلَّة النَّاهضة باعتبار الاستدلال المرسل؛ فلا عبرة بهذا الاعتراض.

الاعتراض الثَّاني: القول بالمصالح المرسلة يُخرجنا عن الضَّبط، والشَّرع يأبى ذلك:

واعترض الباقلاّنيّ بما محصِّلُه أنَّ الأخذ بمطلق المصلحة والاسترسال فيها مُوقِعٌ في عدم الضّبط وموجبٌ لاتّساع الأمر المقتضي للتَّفلُّت؛ إذ المصالح ووُجوهُها منتشرة لا حصرَ لها؛ فيصير الأمر موكولا إلى نظر أرباب العُقول، ويَخرُج الأمر عن أن يكون من اجتهاد أهل الشَّرع، وهذا يُفضي إلى تبديدِ أحكام الشرع وترك الناسِ لآرائهم؛ ومعلومٌ على القطع أنَّ ذلك باطل فبطل ما كان موصلا إليه وسببا مفضيا إليه[١].

وردُّ هذا الاعتراض هيِّنٌ لا كُلفةَ في دفعه؛ إذْ إنَّ الاعتراض هذا لازمٌ لمن يتمسَّك بمطلق المصلحة، أمَّا المالكيَّة فيَرجِعون إلى المصلحة التي يشهد لها قانونُ الشَّرع؛ وقانونُ الشَّرع أو أصولُ الشَّرع الكليَّة هي التي تكفل الضَّبط وعدم التَّفلت عن رسوم الشَّرع وحُدوده؛ فبذلك ينتفي المحذورُ الذي خشيه القاضي أبو بكر بنُ الطَّيِّب. أمَّا رجوع الأمر إلى أن يصير الحكمُ في أمثال هذه النَّوازل إلى عقول العقلاء؛ فسيأتي رده في الاعتراض الموالي؛ إنْ شاء الله.

الاعتراض الثَّالث: القول بالمصالح المرسلة يفضي إلى أن يتكلم غير المجتهدين من أهل العقول في دين الله؛ وذلك من الباطل:

القول بالاستدلال المرسل يُفضي إلى أن يُقحَم غيرُ علماء الشَّرع للتَّكلم في دين الله؛ إذْ القول بمطلق المصلحة يوجب أن يكون لأرباب العقول الراجحات نصيبٌ أوفرُ في القول بالمصالح المرسلة. وهذا باطل؛ إذْ لا يُوكَلُ النَّظر في الأحكام الشَّرعية لغير المتأهِّلين من أهل الاجتهاد[٢].

وهذا الاعتراض مُتهاوٍ لا سَنَد له؛ فالنّاظر في المصالح المرسلة ممَّا يلزم في حقِّه أن يكون مُحيطا بتصرُّفات الشَّارع في التشريع ليَعلم هل هذه المصلحة من جنس ما اعتبره الشَّارع في

---

[١] الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢، فقرة ١١٣٩، السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٢٥٩.

[٢] الجويني، البرهان: فقرة ١١٤٠، السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٢٥٩.

أحكامه أم لا؟. بل إنَّ المرتبة الاجتهاديَّة المشترطة في النَّظر في المصالح المرسلة أرفعُ من المرتبة المشترطة في غيره من الاجتهاد؛ إذْ مَن كان قاصرَ الباع في التَّعرُّف على مقاصدِ الشَّارع في التَّشريع لا حقَّ له في الإقدام على النَّظر فيما سبيلُه الاستدلال المرسل؛ إذ الوقوف على مقاصد الشَّرع وكليَّاته القطعيَّة والقريبة من القطع لا تكون إلاَّ لمن حَصَلَ له استقراء موارد الشّريعة ومصادرها وتصرّفاتها في تحصيل الصَّلاح ودرء الفساد.

وإنَّما أُتيَ صاحب الاعتراض من النِّسبة الخاطئة في القول بالمصلحة المطلقة لمالك؛ والأمرُ على خلافه.

وهذا ما قرَّره أساطين المذهب ردّا على الجويني فيما ألزم به مذهب مالك رحمه الله:

قال القرافي معترضا على الجويني: «وأما قوله: "العالم بالسياسة إذا أخبره المفتون بعدم الأصول فيكون له الأخذ برأيه". قلنا: لا يلزم ذلك؛ فإنَّ مالكا يشترط في المصلحة أهليّة الاجتهاد، ليكون الناظر متكيّفا بأخلاق الشّريعة، فينبو عقلُه وطبعه عمّا يُخالفها، بخلاف العالم بالسِّياسات إذا كان جاهلا بالأصول فيكون بعيدَ الطَّبع عن أخلاق الشَّريعة، فيهجم على مخالفة أخلاق الشَّريعة من غير شعور»[1].

الاعتراض الرابع: الأخذ بالمصالح المرسلة كفيل بأن تختلف الأحكام باختلاف الزَّمان والمكان:

وممَّا تفرَّع عن الاعتراض الثَّاني من أنَّ القول بالاستدلال المرسل يُفضي إلى عدم الضَّبط-: أنَّ المصالح المرسلة كفيلةٌ بأن تجعل الأحكامَ تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة؛ وهذا خروجٌ عن الضبط؛ قال الجويني في سوقه لاحتجاج الباقلاني على بُطلان التَّعلُّق بالمصالح المرسلة مقرّا له على ما قال-: «ثمَّ يختلف ذلك باختلاف الزَّمان والمكان وأصناف الخلق؛ وهو في الحقيقة خروج عما درج عليه الأوَّلون»[2]، وقال الجوينيّ: «ثمَّ وجوه الرَّأي تختلف بالأصقاع والبقاع

---

[1] القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧٦/٩، وانظر لمزيد من البسط: القرافي، نفائس الأصول ٤٢٧٨/٩، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزقاق: الملزمة: ٣٥، ص٧، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ١٦٩/٢، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٦٦/٣.

[2] الجويني، البرهان فقرة ١١٣٢.

والأوقات ولو كان الحكم ما ترشد إليه العقول في طرق الاستصواب ومسالكه تختلف للزم أن تختلف الأحكام باختلاف الأسباب التي ذكرناها»[١].

وهذا الإلزام الذي أُلزم به المالكيَّة قد التزمه بعضُ أئمَّة المذهب كالأبياريّ[٢] وغيرُه؛ إذْ اختلافُ الأحكام باختلاف الأزمنة والأمكنة لاختلاف المصلحة وتغيُّرها وتفاوتِ أثرها-: ممَّا يكفل للشَّريعة الدَّوام والخلود، فهذه خصيصة لهذه الشَّريعة لازمة؛ فلا عَتْبَ على المالكيَّة في ذلك؛ وهي من محاسِنِ الشريعة أنْ كان بعضُ أحكامها المبنيَّة على المصلحة تتغيَّر بحسب تغيُّر مناط الحكم وهو المصلحة؛ فليس إذاً الاختلاف في أصل الخطاب؛ وإنَّما الاختلافُ في تغيُّر مَناط الحكم، والحكمُ يَقْفُو مَناطَه وجودا وعدما؛ فإثباتُ المصالح المرسلة راجعٌ إلى تحقّق المصلحة؛ فإذا انتفت انتفى الحكم لزاما؛ إذْ لا يستقيم بقاءُ الحكم مع ارتفاع مُقتضيه ومناطه؛ وإلاَّ كان نقضا[٣].

وينبني على هذا أنَّ الأحكام التي بُنيت على المصلحة ورُوعِيَت فيها؛ أنْ لا تُعدَّ أحكاما قارَّة في كلِّ زمان ومكان؛ وإنَّما ذلك راجعِ وآيلٌ إلى المصلحة المبنيّ عليها الحكم؛ فمتى تحقَّقت وُجِدَ الحكم، ومتى فاتَت وانخرَمَت ارتفعَ الحكم؛ وعليه فإنَّ الأحكام التي من هذا القبيل ينبغي أن يُستأنَف فيها الاجتهاد للنَّظر إلى مَدَى تحقّق المصلحة، وأنْ لا تُجعل أحكاما مُنبتَّةً عن مناطاتها المقتضية لها؛ لأنَّ في ذلك منافاة لمعقوليَّة التَّشريع الثَّابتة بالأدلَّة القطعيَّة.

المطلب الثالث: علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية وبالأصول الاجتهادية في المذهب:

لأصل المصالح المرسلة ارتباطٌ ببعض أصول الأدلَّة كالنصوص الشَّرعيَّة والقِياس والاستحسان وسدّ الذرائع ومُراعاة الخلاف؛ وسأبحثُ في هذا الموضع علاقةَ أصل المصالح المرسلة بالنُّصوص الشَّرعيَّة وبالقياس؛ أمَّا علاقةُ هذا الأصل بأصل الاستحسان وسد الذرائع ومراعاة الخلاف؛ فسأُرجئ البحث فيها إلى حين تناول كلِّ أصل من تلك الأصول؛ لأنَّ إبراز العلاقة بين أمرين والمقارنة بينهما يتوقَّفُ على العلم بالطَّرفين.

---

[١] الجويني، البرهان: فقرة ١١٤٠، السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٢٦٠.

[٢] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩.

[٣] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٦٦-٦٧.

الفرع الأوّل: علاقة المصالح المرسلة بالنُّصوص الشرعية:

ممَّا يجبُ الوقوفُ عنده في هذا المقام العلاقةُ التي تربِطُ المصالحَ المرسلةَ بالنّصوص الشّرعيةِ؛ وأوَّلُ ما يُنبَّه عليه أنَّ مرجعِ المصالح المرسلة إلى أدلَّة الشَّرع اللَّفظيَّة؛ لأنَّ أجناس المصالح أو ما يُعرف بالأصول الكليَّة المصلحيَّة إنَّما استُنبِطَت من استقراء نصوصِ الشَّارع من كتاب الله ومن سنَّة رسول الله ﷺ؛ ومنه فإنَّ الاستدلال بأصل الاستدلال المرسل هو استدلال راجعٌ إلى الكتاب والسُّنَّة.

ولا شكَّ أن المصالح المرسلة التي تتوافق مع النُّصوص لا إشكال فيها، فالعبرة بالنَّصِّ الشَّرعيّ؛ بل لا يُلجأ إلى الخطط التَّشريعيّة الاجتهاديَّة إلاَّ عند فقدان النّصوص الشّرعيّة؛ فإذا وُجِدَت فلا حاجة عندها إلى المسالك الاجتهاديّة.

والنُّصوص الشّرعية في دلالتها على أفرادها إمّا أن تكون نصوصا في معناها بحيث لا تحتمل غيرَ ما دلَّت عليه، وإمَّا أن تكون نُصوصا مُحتملة كالعامّ المحتمل للخصوص:

فيتحصَّل من هذا أنَّ المعارضة بين المصالح المرسلة وبين النُّصوص الشَّرعية تكون كما يلي:

أولا: تعارض المصالح المرسلة مع النصوص المحتملة كالعمومات اللفظية.

ثانيا: تعارض المصالح المرسلة مع النَّصّ الخاصّ الذي لا احتمال فيه؛ وهذه النصوص المعارضة لما تقتضيه المصالحُ المرسلة مُعارضةً تامَّة فالعبرة بالنّصوص؛ لأنَّ من شرط اعتبار المصلحة المرسلة أن يكون مَسكوتا عنها؛ إذْ المصالحُ التي جاءت النُّصوصُ على خلافها هي مصالحُ مُلغاة؛ وقد تقدَّم ذلك في بيان شروط العمل بالمصالح المرسلة.

أمَّا التَّعارض بين المصالح المرسلة وبين النصوص المحتملة فإنَّ للمالكية في ذلك رأيا؛ وسأبحث في هذا الفرع من النُّصوص المحتملة النُّصوصَ العامَّةَ؛ لأنَّ غالِبَ ما تكون النّصوص الشَّرعيَّة المحتملةُ المعارِضةُ للاستدلال المرسلِ نُصوصاً عامَّةً.

وعليه؛ فإنَّه إذا تعارضت المصلحة المرسلة مع بعض العمومات الشَّرعيَّة فإنَّ الثَّابت في مذهب مالك رحمه الله تخصيص العامّ بالمصلحة المرسلة؛ فالعُموم كما يُخصَّصُ بالقياس عند المالكيَّة[١] فإنَّه يُخصَّص بالمصالح المرسلة التي تكون في أحوال كثيرة أقوَى من القياس وأثبتَ منه.

وقد عَزا هذا القول للمذهب المالكيّ أساطينُه وأئمَّته وأهلُ الاستقراء والتَّحقيق فيه، كابن العربيّ والشَّاطبيّ.

قال ابن العربيّ معلِّلا لفرع ثابت عن مالك: «وكذلك ﷺ **يرى تخصيص العموم بالقياس والمصلحة**»[٢]، وقد تكرَّر لابن العربيّ كثيرا عزوُه لمالك هذا المذهب، وتعليلُه لكثير من المسائل الفقهية في المذهب بتخصيص العامِّ بالمصلحة؛ وهذه جملة من النّصوص له: قال: «...وهذا ينبني على الأصل، وهو أن القياس والمصلحة هل يقدمان على العموم أم لا؟

مذهب مالك ﷺ أنهما يقدمان على العموم»[٣].

وقال في شرح حديث: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"[٤]: «فخص مالك ﷺ هذا العموم وحمله على بعض محتملاته بالمصلحة. وهذا أصل ينفرد به عن سائر العلماء»[٥].

وقال: «وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح، وقد مهدناه في أصول الفقه ، والمصلحة من أقوى أنواع القياس»[٦].

وقال ابن العربيّ: «العمومُ إذا استمرَّ والقياس إذا اطَّرد فإنَّ مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيصَ العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخصَّ بالمصلحة..»[٧]؛

---

[١] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٢٠٣.

[٢] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٦٨٦/٢.

[٣] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٤٥٩/١-٤٦٠.

[٤] رواه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، رقم: ١٠٨٩، والبخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم: ٤٨٤٨.

[٥] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٦٨٣/٢.

[٦] ابن العربي، أحكام القرآن ٢٠٢/٢، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١٦١/١.

[٧] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٧٨/٢-٢٧٩.

ونقل الأستاذ أبو إسحاق الشَّاطبيّ هذا النَّصَّ عن ابن العربيّ في "الموافقات" و"الاعتصام" مُقرّا به ومستدلاّ ومنوّها بما جاء فيه[١].

وقال الحجويّ: «واعلم أنَّ المصلحة المرسلة عند المالكية من جملة المخصِّصات...»[٢]

تأصيل مسألة التَّخصيص بالاستدلال المرسل:

العموم إنَّما يكون عُموما بالقصد المقارِن للقول، فإفادةُ العموم الحكمَ على أفراده إنَّما تكون في الأفراد التي هي متعلِّقةٌ بالقصد الملازم للعُموم، فما جاء على خِلاف القصد أو كان بَعيدا عن القصد بأنْ لا يخطُر ببالٍ؛ فإنَّ إدخاله في أفراد العُموم ليس بالمستقيم؛ لأنَّه خارِجٌ عن أن يكون انتظَمَه قصدُ مَنْ صَدَرَ عنه اللَّفظُ العامّ.

وتأسيساً على هذا؛ فإنَّ الأفراد المُندرِجةَ في العموم -بحسب ظاهر اللَّفظ- والتي تُعارِضُ بعضَ الأصول الشرعية المصلحيَّة المستقرأة من تفاريع الشَّريعة؛ ممَّا يجب أن تَخرُج عن أن تكون مشمولةً بقصد صاحب العُموم؛ لأنَّ الشَّرع كلٌّ لا يتجزَّأ فهو منظومةٌ تشريعيَّة مُتكاملة لا تَعارض فيها ولا تَخالُف، ومن طبيعة هذا التَّكامل والتَّلاؤم أن بعضَ الشَّريعة يُفسِّر بعضَها ويوضِّحُها؛ فأحق ما تفسر به النصوص الأصول الكلية للشريعة؛ والتَّخصيصُ ما هو إلا بيانٌ وتفسيرٌ لُمراد الشَّارع.

ولئن كان العُمومُ ممَّا يُخصَّص باللفظ الخاصّ حتّى ولو كانَ خبر آحاد، ويُخصَّص بالقياس؛ فأوْلى أنْ يُخصَّص بالقواعد الشَّرعيَّة القطعيّة أو القريبة من القطع، وهذا ما يكفُل نفيَ التَّعارُض في علل الشَّرع ومقاصده؛ إذْ إنَّا لو أجرينا العامَّ على عمومه مع المعارضة لبعض القواعد الشَّرعية القطعيَّة أو القريبة من القطع لكان في ذلك تطريقا لإدخال التَّعارض في مقاصد الشارع في أحكامه؛ وهذا باطلٌ فما أدّى إليه باطل؛ فبَطَل إذاً القولُ بعدم التَّخصيص بالقواعد التَّشريعيَّة التي تقوم بها خطَّة الاستدلال المرسل.

وفي سياق هذا المعنى يقول القاضي أبو بكر بن العربيّ في مسألة تغريب الزناة: «الحكم الثالث: وهو **التغريب**، وقد اختلف العلماء فيه فأسقطه أبو حنيفة لأنه زيادة على القرآن بخبر الواحد....وقال الشافعي يغرب كل زان بكر، عملا بعموم هذا الحديث. وخصه مالك في المرأة

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٣/٢٠٩، الاعتصام ٣/٦٣.

[٢] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/١٦١.

والعبد؛ أما المرأة فلأن تغريبها معرض بها للوقوع في مثل ما جلدت عليه، وإنما تحفظ المرأة بالحجاب حيث تعرف.

وخُذوا نكتة بديعة في أصول الفقه لم تُذكَر فيها، نبه عليها إمام الحرمين في كتاب العمد؛ فقال: إنَّ العموم إذا وَرَدَ وقلنا باستعماله أو قام دليل على وجوب القول به فإنَّما يتناول الغالبَ دون الشَّاذِّ النَّادر الذي لا يخطُر ببال القائل. وصَدَق؛ فإنّ **العموم إنَّما يكون عموما بالقصد المقارن للقول**، فما قُطع على أنَّ القائل لم يقصده لا يتناوله القول، **وعلى هذا لا يتناول الحكم في العموم ما يعترض عليه بالإبطال**، ولو أدخلنا المرأة في التغريب لاعترض بالإبطال على التحصين الذي لأجله شرع الحد»[1].

وقد يُهوِّل بعضُهم في مسألة تخصيص العامّ بالمصالح المرسلة بأنَّ العموم منصوصٌ عليه والمصالحُ المرسلة مستنبطة فكيف يجوز والحال هذه أن يُترك المنصوصُ للمستنبط؟.

وهذا اعتراض أورده ابن العربيّ وردَّه بردٍّ قويم؛ قال: «...وقال جماعة من العلماء الربا منصوص عليه متوعد فيه، والمقاصد والمصالح مستنبطة فقد تعارضت قاعدتان: إحداهما قاعدة الربا: وهي منصوص عليها متفق فيها؛ والثانية: قاعدة المصالح والمقاصد، وهي مستنبطة مختلف فيها، فكيف يتساويان فضلا عن أن ترجح قاعدة المصالح والمقاصد.

واستهول هذا القول جماعة.

والجواب فيه سمح: فإن الربا وإن كان منصوصا عليه في ذاته وهي الزيادة فإنه **عام في الأحوال والمحال والعموم يتخصص بالقياس؛ فكيف بالقواعد المؤسسة العامة**»[2].

فنصوص أهل التَّحقيق في المذهب جليَّةٌ وبيِّنةُ الدَّلالة على أنَّ مِنْ مذهبهم تخصيصَ العموم بالمصلحة المرسلة؛ وعليه فلا عبرةَ بمن نَفَى عزوَ هذا القول لمالك مِن بعض المعاصرين كالبوطيّ في "ضوابط المصلحة"[3].

---

[1] ابن العربيّ، القبس ١١٩/٤-١٢٠. وانظر: الباجي، المنتقى ١٣٧/٧، المواق، التاج والإكليل ٣٩٧/٨، الخرشي، شرح مختصر خليل ٨٣/٨.

[2] ابن العربيّ، القبس ٨٢٠/٢.

[3] البوطي، ضوابط المصلحة ٣٣٥-٣٣٦.

وبالنَّظر فيما ورد من احتجاجات البوطي في نفيه هذا المذهب عن المالكيَّة بل وادِّعاء الإجماع على عدم جواز التَّخصيص بالمصلحة؛ تُلحَظُ الأمور التّالية:

أوَّلا: لم يعزُ لأحد من علماء المذهب المالكيِّ نفيَ التَّخصيص بالمصلحة.

ثانيا: في بحث الدّكتور قصورٌ في استجلاب نصوص المالكيَّة التي نسبت القول بالتَّخصيص للمذهب المالكيّ؛ فإنه لم ينقل نصوص ابن العربيّ والشَّاطبيّ.

وعليه؛ فإنَّ نسبة أهل المذهب مقدَّمةٌ في الاعتبار على ما نسبه المخالفون لهم، ومذهب الإمام إنَّما يُؤخَذُ عن أهله المباشرين له والعالمين به والمستقرئين لفروعه.

ومن الفروع الفقهيَّة الشَّاهدة على إجازة المالكية التخصيص بالمصلحة المرسلة:

المسألة الأولى: عدم وجوب إرضاع الشَّريفة لولدها:

الأصل عند مالك رحمه الله أنَّ المرأة يجب عليها إرضاعُ ابنها؛ إلاَّ أنَّه استثنى من هذا الحكم العامّ الشَّريفة الحسيبة، فقال لا يجب عليها إرضاعُه إلاَّ في حال لم يقبَل الطِّفلُ غيرَها[1]؛ وكان مرجعُ هذا التَّخصيص من اللَّفظ العامّ في الآية هو تخصيص العُموم بالمصلحة؛ قال ابن العربيّ: « إلاَّ أنَّ مالكا دون فقهاء الأمصار استثنى الحسيبة، فقال: لا يلزمها إرضاعه، فأخرجها من الآية، **وخصها فيها بأصل من أصول الفقه، وهو العمل بالمصلحة...**»[2].

ووجه التَّخصيص بالمصلحة «**أنَّ** هذا أمر كان في الجاهليَّة في ذوي الحسب، وجاء الإسلام عليه فلم يُغيِّره ؛ وتمادى ذوو الثّروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمُتعة بدفع الرضعاء إلى المراضع إلى زمانه ، فقال به...فحقَّقناه شرعا»[3].

قال ابن أبي زيد في كتاب "الذب عن مذاهب مالك" في مسألة **رضاع المرأة ولدها**: «...وذلك أن الله يقول: ﴿**لا تُضارَّ والدةٌ بولدها**﴾[البقرة: ٢٣٣]؛ وهذا من الضَّرر أنْ يبلُغ منها أن يخرج بها إلى تحمُّل ما يشقّ عليها وما ليس من شأنها، ولا من معرفتها، وما لا تقوم

---

[1] الخرشي، شرح مختصر خليل ٢٠٦/٤، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ١٢٨/٢، عليش، منح الجليل ٤١٩/٤.

[2] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٧٨/١، وانظر ٢٧٥/١، النفراوي، الفواكه الدواني ٦٥/٢.

[3] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٧٨/١.

مثلها بمثله، ولا (يقدر)[١] مثلها على إمساك الصبيان وتعاهدهم، والقيام عليهم؛ فلا تكلف ذلك؛ **لأن ذلك من الضرر المرفوع...»**[٢].

المسألة الثَّانية:جواز التَّصرف في الغنيمة بما تدعو إليه الحاجة:

الأصل أنَّ الغنيمة قبل القَسم ممّا يحرم على المجاهدين -**مِمَّن** تعلَّقت حُقوقُهم بها- أنْ يتصرَّفوا فيها بكلِّ أوجه التَّصرف؛ والذي دل على هذا عُمومات شرعيَّة؛ غيرَ أنَّ مالكا خصَّص هذا العموم بمصلحة حاجيَّة تتعلَّق بالجيش؛ فأجاز على أساسِها للجيش أن يأكلوا منها ويتصرَّفوا فيها بما تقتضيه المصلحة الحاجيَّة الكليَّة؛ وقادةُ الجيش هم أعرَفُ بما يقتضيه الظَّرف في تكييف الحاجة وتقديرها[٣]؛ قال القاضي ابن العربيّ: «أجمعت الأمة على أنهم لا يجعل لهم التَّصرّف فيها قبل القسمة، وقد استثنى من ذلك علماؤنا **ما تدعو الحاجة إليه** من طعام يأكلونه أو دابّة يركبونها، ما لم يعجفوها...**وإنَّما المعوَّل في ذلك على المصلحة**؛ فإنَّ المسلمين يدخلون بلاد العدو **فتطرأ الحاجة وتعرض الفاقة**؛ فلو قسمت الغنيمة قبل التَّحصيل لكان ذلك فسادا في القضيَّة، وخرما في الحال، ولو مُنِعَ النَّاس الأكل منها حتّى تقع المقاسم أضرَّ ذلك بهم؛ فجوّز الأكل بالمعروف، **وهذا من دلائل المصلحة وأحكامها التي انفرد بها مالك** رضي الله عنه»[٤].

المسألة الثالثة: الخطبة على الخطبة:

لا يُشرَعُ للخاطب أن يخطب على خطبة أخيه المسلم؛ قال النبي ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»[٥] وهذا النَّهي عامّ في كلِّ الأحوال، فما صَدَق على أنَّه خطبة فلا يكون للرَّجل أن يخطب على هذه الخطبة؛ لكنَّ مالكا رأى أنَّ هذا العُموم إنما أراد به صاحبُ الشرع ﷺ: الخطبة التي صحِبَها التَّراكُن بين الخاطب ومن خطب إليهم، أمَّا حيثُ لم يقع التَّراكن فإنَّ ذلك خارجٌ عن مقصود صاحب الشَّرع؛ لأنَّ في ذلك فسادا عامّا يلِجُ على النَّاس؛ بحيث لا يشاء أحدٌ أنْ يُدخل الضَّرر على امرأة أو على رجل يريد خطبة امرأة إلاَّ فعل بأنْ يخطب؛ فتبقى المرأة معلَّقة به، والشَّرع في أحكامه لم يقصِد إلى ما فيه الضّرر بهم، بل إنَّ هذا الحكم

---

[١] الكلمة غير واضحة في المخطوط؛ وما أثبته يفي بالمعنى.

[٢] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٤٤/أ.

[٣] المواق، التاج والإكليل ٤/٥٥٠، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/١١٦، الدردير، الشرح الكبير ٢/١٧٩-١٨٠.

[٤] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٦٠٥-٦٠٦.

[٥] تقدم تخريجه.

وهو النَّهي عن الخطبة على الخطبة إنَّما جاء لدفع فساد القطيعة بين المسلمين؛ فكيف يُشرَع حكمٌ يكون جالبا لفساد أعظمَ من الصَّلاح الذي يتوقّع حدوثه منه؛ هذا ما لا يليق بمعقولية التَّشريع، ولا يتسق مع منطق التعليل[١].

قال مالك في الموطأ بعد روايته للحديث: «وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نُرَى والله أعلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" أن يخطب الرَّجُل المرأة فتركن إليه ويتَّفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها؛ فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يعن بذلك إذا خطب الرَّجلُ المرأة فلم يُوافقها أمره، ولم تركن إليه أنْ لا يخطبها أحدٌ؛ **فهذا بابُ فسادٍ يدخُل على النَّاس**»[٢].

الفرع الثاني: المصالح المرسلة والقياس:

أوَّل ما يُقرَّر أنَّ المصلحة المرسلةَ نوعٌ من أنواع القياس بمفهومه الأعمّ، فهذا ابنُ رُشدٍ الحفيدُ يجعل الاستدلالَ المرسل نوعا من أنواع القياس؛ فهو يُسمِّيه "القياس المرسل"[٣] و"القياس المصلحي"[٤] و"قياس المصلحة"[٥]؛ قال ابن رشد: «...فهو التفات إلى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل؛ وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه...»[٦].

وقد جعل القاضي ابن العربيّ المصلحة المرسلة ممَّا تدخل في أنواع القياس وتنخرِطُ فيه، بل إنَّ المصلحة لتُعدُّ عنده من أقوى أنواعها وأثبتها وأدلِّها على المدلول؛ قال: «والمصلحة من أقوى أنواع القياس»[٧].

وبيأن اندراج المصالح المرسلة في المفهوم العامّ للقياس-: أنَّ حقيقة القياس هو إلحاقُ فرع بأصل لعلَّة جامعة بينهما؛ وهذا متحقِّقٌ في الاستدلال المرسل، فالأصلُ هو الجنس المصلحيّ

---

[١] الباجي، المنتقى ٢٦٥/٣، ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٦٨٣/٢، الحطاب، مواهب الجليل ٤١٠/٣-٤١١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١٦٨/٣.

[٢] مالك بن أنس، الموطأ ٥٢٣/٢.

[٣] ابن رشد، بداية المجتهد ٣٥/١.

[٤] المصدر السابق ٣٠٩/٤.

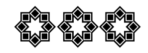
[٥] المصدر السابق ٣٠٩/٤.

[٦] ابن رشد، بداية المجتهد ٣٨/٣.

[٧] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١٦١/١.

المستقرأ من فروع التَّشريع، والفرعُ هو المسألة التي يُراد إثبات الحكم لها، أمَّا العلَّة الجامعة فهي المصلحة الموجودة في الفرع والمشمولة بجنس المصالح. وعلى هذا فإنَّ كلَّ أركان القياس متحقِّقةٌ في هذا اللَّون من الاستدلال، وهو الاستدلال المرسل أو القياس المرسل على حسب تعبير ابن رشد الحفيد.

ولقد تقدم في مبحث الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّة المصالح المرسلة أن تقرَّر أنَّ المصالح المرسلة - من حيث العموم الأغلب - أقوى من القياس؛ وذُكِرَ ثَمَّ الوُجوهُ التي رُجِّحت بها المصالح المرسلة على القياس.



المبحث الرَّابع:

الشَّواهد التَّطبيقيَّة للمصالح المرسلة في المذهب المالكيِّ

تمهيد:

قد كان لأصل المصالح المرسلة بالغُ الأثر في تفريعات المالكيَّة وفي فقههم الذي امتاز عن غيره بمساوقته لمصالح الخلق المتجددة، والالتفات إليها في تقرير الأحكام، والاعتبار بها في حال الصدور بالفتيا؛ وفي هذا المبحث أَسوق بعضَ النَّماذِج التَّطبيقيَّة التي تجلِّي للنَّاظر فيها مَدَى اعتماد المالكية على هذا الأصل، وتعويلهم عليه:

المسألة الأولى: توظيف الضَّرائب عند الحاجة.

المسألة الثانية: العقوبة بالمال وفيه.

المسألة الثالثة: اشتراط الخلطة في الدَّعوى.

المسألة الرابعة: الخلوّات.

المسألة الخامسة: جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادا على المصلحة المعتبرة.

المسألة الأولى: **توظيف الضَّرائب عند الحاجة:**

من المسائل التي لها تعلُّقٌ بالاستدلال المرسل مسألةُ فَرض الضَّرائب على الرَّعيِّة أو على أهل اليَسار منهم إذا ضاقَ بيت المال عن الوفاء بمستحقّاته؛ خاصَّة ما كان متعلِّقا بنفقات الجيش الذي يحمي البيضة ويقوم على حفظ أمن الأمَّة، ولتحصين مدائن الإسلام ببناء الأسوار العاليات وترميم ما انثلم منها.

وقد تناول علماءُ المذهب المالكيّ هذه المسألة بالبحث والنَّظر؛ لا سيَّما أيَّام الضَّعف الذي بدأ يسري في كيان الأمَّة ممَّا ضرَّى عليها الأعداءَ المتاخِمين لها المُصاقبين لإقليمها؛ فأفتى أهلُ التَّحقيق في مذهب مالك كابنِ العربيّ[١] وابن منظور والشَّاطبيّ والمالقيّ[٢] وغيرهم بوُجوب فرض هذه الضَّرائب استنادا منهم على المصالح المرسلة التي تقتضي حفظ أمنِ الأمَّة بكلِّ سبيل.

والأصل أنَّه لا يجب شيء في المال غير الزكاة؛ لكن مصلحة الأمَّة العامَّة أوجبت ذلك؛ سئل القاضي أبو عمرَ بنُ منظور عن مسألة التَّوظيف أو ما يعرف في الأندلس بالمعونة؛ فقال: «إنَّ الأصل أنْ لا يُطالب المسلمون بمغارم غير واجبة بالشَّرع، وإنَّما يُطالبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسّنّة؛ كالفيء والرّكاز وإرث من يرثه بيت المال. وهذا ما أمكن به حمل الوطن (كذا) وما يحتاج له من الجند ومصالح المسلمين وسدّ ثُلَم الإسلام، فإذا عَجَز بيتُ المال عن أرزاق الجند وما يحتاج إليه من آلة الحرب وعدَّة؛ فيوزَّع على النَّاس ما يحتاج إليه من ذلك...»[٣].

وقال الشاطبي: «**توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسلة** ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الأندلس في زماننا الآن؛ لكثرة الحاجة لما يأخذه العدوّ من المسلمين سوى ما يحتاج إليه الناس وضعف بيت المال الآن عنه. فهذا يُقطع بجوازه الآن في الأندلس؛ وإنما النظر في القدر المحتاج إليه من ذلك، وذلك موكول إلى الإمام...»[٤].

---

[١] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٤٣/٣.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب ١٣١/١١، التنبكتي، نيل الابتهاج ٣٣/١، نيل الابتهاج ٩٣.

[٣] الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب ١٢٧/١١-١٢٨. وسبق له أن ذكر فتيا ابن منظور في المعيار ٣٣/٥.

[٤] التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج ٣٣/١، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج ٩٣، محمد علي حسين، تهذيب الفروق ١٤١/١-١٤٢. انظر المعيار ١٣١/١١، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٣.

فوجه المسألة أن فرض الضرائب في هذه الحال من المصالح الملائمة للمصالح الشَّرعية؛ ووجه الملاءمة يظهر فيما يأتي:

في فرض الضَّرائب تحقيقٌ لمصلحة ضروريَّة؛ ذلك أنَّ ترك الفرض ممَّا يُؤدّي إلى إضعاف قوَّة النِّظام الحاكم أو على تعبير الأقدمين يؤدّي إلى ضعف شوكة الإمام أو بُطلانها؛ وفي ذلك ما يجعل بلاد المسلمين عرضة للضَّرر الماحق؛ من استيلاء مباشر أو غير مباشر وتبعيَّة للعدوّ؛ وهذا ممَّا يُعلم على وجه القطع من شريعة الله السَّعي إلى تلافيه؛ ومنه فما أدّى إلى تحقيق قوَّة الأمَّة واجِبٌ الأخذُ به اعتمادا على الأصل القطعيّ في الشَّرع الذي يُفيد بأنَّ من قصد الشَّارع أن تكون الأمة قويَّة مرهوبة الجانب[1].

ثمَّ إنَّ ترك الحبل على الغارِب دون أن يُتّخذ من الإجراءات التي تكفُل مَنعَةَ الأمَّة ممَّا يُعرِّضُ أموال العامَّة في حال استيلاء العدوِّ على بلاد الأمَّة ومقدَّراتها إلى التَّنقُّص والاستيلاب؛ وعليه فإنَّ بذل القليل في مُقابل حفظ الكثير أوْلى عند مَنْ كانت له صُبابةٌ من عقل؛ ومنه فإنَّ فرض الضَّرائب في حالة الحاجة التي يُقدِّرُها من وَلِيَ أمر المسلمين ممَّا يستند إلى أصل تشريعيّ قويم هو الاستدلال المرسل[2].

كذلك «فإنَّ الأب في طفله أو الوصيّ في يتيمه أو الكافل فيمن يكفله؛ مأمور برعاية الأصلح له، وهو يصرف ماله إلى وجوه من النَّفقات أو المؤن المحتاج إليها. وكلّ ما يراه سببا لزيادة ماله أو حراسته من التَّلف جاز له بذلُ المال في تحصيله. ومصلحةُ الإسلام عامَّة لا تتقاصر عن مصلحة طفل، ولا إمام المسلمين يتقاعد عن نظر واحد من الآحاد في حق محجوره.

ولو وطئ الكفار أرض الإسلام لوجب القيام بالنّصرة، وإذا دعاهم الإمامُ وجبت الإجابة، وفيه إتعاب النّفوس وتعريضها إلى الهلكة، زيادة إلى إنفاق المال، وليس ذلك إلا لحماية الدِّين ومصلحة المسلمين. فإذا قدَّرنا هجومهم واستشعر الإمام في الشَّوكة ضعفا وجب على الكافَّة إمدادُهم»[3].

والمسألة محلّ البحث ممّا لا تخصّ الحفاظ على الأمن الخارجيّ؛ بل هي مفروضة كذلك في حال الخوف من انخرام الأمن الدَّاخلي، وهو خوف مستمرّ؛ قال الشّاطبيّ: «وإذا قدنا انعدام

---

[1] الشاطبي، الاعتصام ٣/٢٦-٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/١٣٣-١٣٦.

[2] الشاطبي، الاعتصام ٣/٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/١٣٦.

[3] الشاطبي، الاعتصام ٣/٢٧، الونشريسي، المعيار المعرب ١١/١٣٥-١٣٦.

الكفار الذين يخاف من جهتهم، فلا يُؤمن من انفتاح باب الفتن بين المسلمين؛ فالمسألة على حالها كما كانت، وتوقّع الفساد عتيد، فلا بدَّ من الحراس»[١].

وفرض الضَّرائب لحاجة الأمة لا تكون على جهة الاستقراض إلاَّ إذا رُجِيَ لخزينة الدَّولة دخلٌ مُنتظر؛ أمَّا إذا لم يكُن ثمَّة دخلٌ مُنتظر وضعفت مسالكُ الدَّخل فلا بدَّ من العمل بتوظيف الضَّرائب لا على وجه الاستقراض[٢].

ومن العجب أنَّ أبا سعيد بن لُبّ سُئل عمَّا كان موظَّفا من خراج **بناء السُّور** في بعض مواضع الأندلس على أهل ذلك الموضع؛ فأفتى أنه لا يجوز ولا يسوغ؛ وخالفه أبو إسحاق الشَّاطبيّ فأفتى بأنَّ فرض الخراج من السَّائغ لوليّ الأمر مستندا فيه إلى المصلحة المرسلة، ومعتمدا في ذلك إلى قيام المصلحة التي إنْ لم يقُم بها النَّاس فيعطونها من عندهم ضاعت[٣].

وما نُسِبَ إلى ابن لُبّ إذا حُمل على ظاهره فإنَّه من الضّعف والوهاء بحيث يُعلم على جهة القطع بُطلانه؛ ويحتمل أنَّ فتيا ابنِ لُبّ محمولةٌ على نظر آخر؛ وهو أنَّ الولاة إذاك كانوا يلجؤون إلى فرض الضَّرائب على غير وجه العدل، فقد تكون الخزينة ملأى، وللجند كفايتهم فتفرض الضرائب على الرَّعية ظلما وحيفا؛ إلاَّ أنَّ مُعارَضَة الشَّاطبي لابن لُبّ تدُلُّ على أنَّ المسألة على خلاف ذلك.

المسألة الثانية: العقوبة بالمال:

من المسائل الجليلة التي كان لَجَأُ بعضِ المالكيَّة فيها إلى أصل الاستدلال المرسل مسألةُ العقوبات الماليَّة إن تعذَّر إقامة الحدود الشَّرعيَّة. وقبل أن تتناول الدَّراسةُ المسألة نقدِّم للمسألة تمهيدا يبين وجهها:

يُفرَّق في الفقه بين العقوبة في المال والعقوبة بالمال:

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٢٨/٣.

[٢] المصدر السابق ٢٨/٣.

[٣] التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج ٣٣/١-٣٤، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج ٩٣-٩٤، محمد علي حسين، تهذيب الفروق ١٤١/١-١٤٢، الونشريسي، المعيار المعرب ١٣١/١١ وما بعدها، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٣-٢٥٤.

أمَّا العقوبة في المال[1] فهو تسليط العقوبة على الجاني في ماله بإتلافه عليه، بمعنى أن تكون الجناية في نفس ذلك المال.

أمَّا العقوبة بالمال فمعناها أنَّ من باء بجناية من الجنايات المستوجِبَة للعقوبة يُعاقب بأخذ مال قليل أو كثير؛ وربَّما رُتِّب شيء معلومٌ لكلِّ جناية[2].

والذي له تعلُّق بالبحث هو العقوبة بالمال؛ وقد كان لهذه المسألة بين المالكيَّة سِجالاتٌ ومُناقشاتٌ من القرن التَّاسع في تونس والمغرب؛ ذلك أن سلطة الحكَّام على الأقاليم التي كانت خاضعة لهم كانت سُلطة متهلهلة؛ بحيث لا مُكنَةَ لهذا السّلطان أنْ يبسُط أحكام الشَّرع على الذي ارتكب حدّا من حدود الله في بعض تلك الأقاليم؛ فكان رأيُ البعض أنْ يُستعاض عن تلك الحدود بعقوبات ماليَّة لتكون زاجرةً لأهل العرامة والفساد من أن يتقحموا على النَّاس بالفساد والإفساد؛ فأفتى البُرْزُليُّ التّونسيّ بجواز العقوليَّة بالمال في هذا الظَّرف؛ وتابعه بعضُ المالكية[3]؛ وخالف كثير منهم البرزليَّ في هذه الفتوى وقالوا بحرمة ترك الحدود إلى غيرها؛ وقد ألَّف ابنُ الشَّمّاع المالكي عصريّ البرزليّ رسالة انتقد فيها من قال بجواز العقوبة بالمال[4] وعلى رأسهم البرزليّ وقد سمى كتابه هذا بـــ: " مطالع التّمام ونصائح الأنام"[5].

قال البرزلي في رسالته التي كتبها في تقرير العقوبة بالمال: «والذي أقولُه الآن في بوادي أفريقية وأعرابها والبلاد النَّائية عنها من الحواضر التي هي محلّ بثّ الشَّرع، وغلب عليهم الجهل والتَّعرض للأموال والأخذ بالدَّماء والهروب بالحريم وأخذ الأموال بالخيانة والغشّ والحرابة

---

[1] المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٢، التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق

[2] التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٤٩-٢٥٠.

[3] التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٤٩-٢٥٠، ، حاشيته على شرح التاودي على لامية الزقاق ٢٦٦-٢٦٧. وانظر المسألة بإيعاب عند العلمي: النوازل ٣/١٥٣ وما بعدها.

[4] المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٢، التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٤٨، الهواري.

[5] المهدي الوزاني، المعيار الجديد ١١/٩٥؛ الطبعة الحجرية. وللكتاب أسام أخرى منها: "نصح البرية في تخطئة من حلل الخطية "؛ انظر المجلة الحسنية؛ العدد ١٤، سنة ١٤١٨هـــ؛ مقال: القاضي أبو العباس أحمد بن الشماع وكتابه مطالع التمام ونصائح الأنام لعبد الخالق أحمدون؛ ص ٢٧٣.

والمعاملات الفاسدة-: أن يفعل بهم ما يقطع هذه المفاسد من التَّعرّض لبعض مال الجاني وبدنه وسجنه عقوبة له..»[١].

والنَّظر المصلحيُّ في هذه المسألة مع أبي القاسم البرزليّ؛ ذلك أنَّ في إهمال الأمر وترك أهل الفساد من غير زجر أو ردع تضريةً لهم على فسادهم ومساعدة لهم عليه؛ مع ضعف السّلطة وعدم تمكّنها من إقامة الحدود؛ فكان من مصلحة العامَّة أن لا يُترك المسيءُ بدون عقاب يدفعه دون ركوب ما يلحق الضَّرر بالغير؛ فمعلومٌ أن القصد من إجراء الحدود هو الزّجر وفي حال عدم التَّمكّن من إقامة الحدود فلا ينبغي أن نترك هذا المقصد؛ بل إنَّ المصلحة الكليَّة في حفظ الأنفس والأموال تستوجب أن يؤخذ بالعقوبة الماليَّة كحلّ استثنائيّ لمعالجة الفساد الذي يَعرض في حال عدم التَّمكّن من إقامة الحدود[٢]؛ قال ميَّارة: «...فذلك أوْلى من الإهمال وعدم الزّجر وترك القويّ يأكل الضّعيف، فمعظم المفسدة في ذلك يغني فيه العيان عن البيان، وذلك مفض لخراب العمران وهدم البنيان، بل إذا تعذَّرت إقامة الحدود و لم تبلغها الاستطاعة وكان الفقير يحتاج إلى إيقاع الزّواجر وكانت الاستطاعة تبلغ إلى إيقاع تعزير يزدجر به تنــزلت أسبابُ الحدود منــزلة أسباب التَّعزير، فيجري منها ما هو معلوم في التَّعزير، وليس المراد أن الحدّ يسقط بذلك، ولكن ذلك غاية ما تصله الاستطاعةُ في الوقت دفعا للمفسدة ما أمكن، فإنْ أمكَنَ بعد ذلك إقامة حدّ أقيم إن اقتضت الشَّريعة إقامته؛ **والظَّالم أحقّ أنْ يُحمَل عليه**»[٣].

المسألة الثالثة: اشتراط الخلطة في الدَّعوى:

ومن النَّظر المصلحيّ في مسائل الفقه مسألةُ اشتراط الخُلطة في قَبول الدَّعوى، فمن ادّعى على شخص فأنكر وأراد المدَّعي تحليفه؛ فلا تلزمه يمينٌ حتَّى يُثبت المدَّعي أنَّ هناك خلطة بينه

---

[١] انظر المجلة الحسنية؛ العدد ١٤، سنة ١٤١٨هـ؛ مقال: القاضي أبو العباس أحمد بن الشماع وكتابه مطالع التمام ونصائح الأنام لعبد الخالق أحمدون؛ ص ٢٧١؛ نقلا عن مطالع التمام لابن الشماع ١٩٩/أ.

[٢] انظر: المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص ٣٩٠-٣٩٣.

[٣] التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٤٩-٢٥٠.

وبينه ولو بشهادة امرأة؛ وتكون الخُلطة بدَين ولو مرَّة واحدة من سلف أو غيره أو تكرُّر بيع بالنَّقد[١].

ومُدرك المالكية في اشتراط الخلطة في توجه اليمين إلى المدعى عليه؛ هو الاستدلال المرسل لأنَّ في قَبول كلّ دعوى من دون أن يكون ثَمَّت من أمارة على صدق المدّعي على المدَّعى عليه تطريقاً لأهل الفساد على أهل الصَّلاح؛ بحيث لا يشاء أحدٌ أن يدَّعي على أهل الصَّلاح إلاَّ فعل؛ وفي ذلك من الفساد ما فيه؛ ولم يكُن الشَّرع ليترك أهل الفساد يتعرَّضون لأهل الصَّلاح استنادا منهم لحكم في الشَّرع؛ قال التَّسوليُّ: «ولعَمْري إنَّ هذا هو الصَّواب في هذا الزَّمان القليل الخير؛ ولقد شاهدنا غالبَ سَفِلَة النَّاس يدَّعي بدعاوى على المعلوم بالخير والعدل مع بُعده عنه، وعدم مُخالطة أمثاله وملابستهم؛ وليس غرضهم إلاَّ الازدراء به، وحطّ مرتبته؛ حتَّى صار الدُّهاة يلقِّنون السَّفلَة ذلك، وربَّما ادَّعوا عليه بالتُّهَمَة بما فيه معرَّة كالسَّرقة والغصب ونحوها؛ لسماعهم أنَّ يمين التُّهَمَة تتوجَّه مُطلقا على المشهور المعمول به؛ فينبغي لمنْ راقَبَ الله أنْ لا يُمكنهم من تحليفه بما يُدّعى عليه من المعاملة في الغرض المذكور»[٢].

وكونُ الخُلطة شرطا في توجه اليمين هو المشهور، وعليه مالك وعامَّة أصحابه؛ وعليه مشى ابنُ أبي زيد في الرِّسالة[٣] قال ابنُ رشد: «وقال مالك لا تجب اليمين إلاَّ بالمخالطة، وقال بها السَّبعة من فقهاء المدينة؛ **وعمدةُ مَنْ قال بها النَّظرُ إلى المصلحة لكيلا يتطرَّق النَّاسُ بالدَّعاوى»**[٤]؛ وخالف ابنُ نافع في اشتراط الخُلطة وقال بتوجُّه اليمين على المدَّعى عليه مطلقا؛ وهو الذي عليه عملُ القُضاة عند المتأخِّرين من المالكيَّة[٥].

---

[١] الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/١٥٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/٢٢٠-٢٢١، الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/١٤٥، عليش، منح الجليل ٨/٣١٤، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/٧٧٤-٧٧٦، عبد الوهاب، الإشراف ٢/٩٥٨، ابن العربي، القبس، ٣/٨٩٦، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣٠.

[٢] التسولي، حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق الملزمة ٢٤، ص٢؛ نقلا عن: العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي ص٥١٠.

[٣] الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/١٥٥، ابن أبي زيد، الرسالة (مع شرحها: الفواكه الدواني) ٢/٢٢٠، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/٧٧٥.

[٤] ابن رشد،، بداية المجتهد ٢/٣٥٤.

[٥] الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/١٥٥، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/٧٧٥-٧٧٦.

المسألة الرابعة: الخلوّات:

ومن المسائل التي لحظ فيها المتأخِّرون من المالكيَّة المصالح المرسلة مسألةُ الخلوّ، أو ما يُعرف بـ: **الجلسة والزينة والحكر والجزاء وشراء المفتاح والإنـزال والنّصبة**؛ وحاصل المسألة: أنَّه كراءٌ للحانوت أو الدّار أو الأرض على التّأبيد والاستمرار بكراء المثل؛ فإذا اكترى ذلك المكتري صارت المنفعةُ ملكا له على التّأبيد مع بقاء الأصل لمن كانت له؛ فللمُكتري الحقّ في المعاوضة عليها والهبة لها، وتقع المواريثُ عليها[1]. وغالبُ ما يكون التَّعامل بالخلوّ في الأحباس.

قال البُنانيّ بعد أن ساق فتاوى الشّمس اللّقّانيّ والنّاصر اللّقانيّ بجواز الخلوّ-: «..بمثل الفتاوى المذكورة وقعت الفتوى من شيوخ فاس المتأخّرين كالشيخ القصّار وابنِ عاشر وأبي زيد الفاسيّ وعبد القادر الفاسي وأضرابِهم؛ ويُعبِّرون عن الخلوّ المذكور بالجلسة، وجَرَى العرف بها لما رأوه من المصلحة فيها فهي عندهم **كراء على التَّبقية**»[2].

والمجوِّزون للخلوّ من المالكيّة اعتمدوا في القول بالجواز على المصلحة المرسلة؛ فقد اعتبرها التماق في رسالته التي ألفها في المسألة من **المصلحة الكلية الحاجيَّة**؛ أي أنَّها من المصالح المرسلة الواقعة في الرُّتبة الثَّانية من مراتب المصالح، إضافة إلى أنَّ الحاجة إليها ليست خاصَّة بفرد من الأفراد بل إن فيها احتياجا عاما؛ فلذلك جرى العُرفُ بها[3].

ووجه المصلحة في ذلك أنَّ كثيرا من الحوانيت والأراضي الوقفيَّة ممَّا يُحتاج لصلاحيَّتها للانتفاع بذلُ مال ونفقات لتهيئتها لمزاولة النَّشاط الذي يُلائم طبيعة الحانوت أو الأرض؛ لكن النَّاس يُحجِمون عن كراء هذه الحوانيت والأراضي لأنَّهم يتوقَّعون إبطال الكراء وانتهاءه فتذهب نفقاتُهم في التَّهيئة والإصلاح هباءً؛ فرَأَى بعضُ فقهاء المذهب المالكيّ أنْ يُؤبِّدَ كراء تلك الأحباس التي ليس لها أموالٌ تُنفق على تلك الحوانيت والأراضي للإصلاح والتَّهيئة[4].

---

[1] الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ص/٤٦٩-٤٧٠، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص/٤١٦، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٢.

[2] عليش، منح الجليل ٥٢/٧، الوزاني، شرح عمليات فاس ٣٦٢.

[3] الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ص/٤٧٤؛ نقلا عن إزالة الدلسة.

[4] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢٢٣/٢.

المسألة الخامسة: جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادا على المصلحة المعتبرة:

ومن الأمثلة على الاستناد إلى المصالح المرسلة ما أفتى به بعضُ المتأخِّرينَ من المالكيَّة من جَواز الاستناد إلى آثار الأقدام لإثبات السَّرِقَة؛ حِفظا لأموال النَّاس وتلافياً للفساد العامِّ.

وقد أفتى بهذ الفَتوى عالمٌ من علماء الجزائر[1] يُعرَفُ بخليفةَ بنِ حَسَنٍ في المائة الثَّالثة عشر؛ إذْ كان قومُه بارعين باقتفاء الأثر ومعرفته؛ فجَعَل من الأثر دليلا يُستَنَدُ إليه للاتِّهام بالسَّرقة وإثباتها؛ اعتماداً منه على المصلحة الكُلِّيَّة في حفظ الأموال الثَّابتِ اعتبارُها على وجه القطع. وقد أنكر على هذا الفقيهِ فتواه فُقهاءُ بلدةٍ تُعرف بـــ: "خنقة"؛ وكان مُرتَكَزُ اعتراضهم على أنَّ هذه المصلحة لا شاهدَ لها بالاعتبار الخاصّ؛ فأنشأ قصيدةً أجابهم فيها، وضمَّنَها مُستَنَدَه في فُتياه، وردَّه على ما اعترضوا به عليه؛ قال رحمه الله[2].

إلى السَّادة الأشرافِ من أهل "خنقة"		لهم في نُدور الواقِعات نُقولُ
تمسَّكتُم بالأصل والحقُّ واضحٌ		ولا يُنكِرُ المعلومَ إلاَّ جَهولُ
ولكنْ إذا عمَّ الفساد بحادث		تقدَّم أصلاً والقياسُ دليلُ
كتَضمين سِمسَارٍ وتغريمِ صانِعٍ؛		وما هو إلاَّ مُودِعٌ ووَكيلُ
ومن ذاك: ما قدْ جوَّزُوا في سفاتج		إذا عمَّ بالخوف الشَّديدِ سَبيلُ
وفي كُلِّها خُلْفُ الأُصول؛ لأنَّها		مصالحُ عمَّت، والصَّلاحُ جَميلُ
ومِنْ أَدَب المسؤول قَبْلَ جَوابِه		إذا وَرَدَتْ يوما عليه سُؤول-:
تَعَرُّفُ عُرْف السَّائلين بأرضهم؛		ليَعلَم ما يُفتي به ويقولُ
وما أنتُمُ منَّا بأعلَمَ بالذي		به الضّرُّ يُكْفَى عندنا ويزُولُ
فلو أُهمِلَتْ آثارُ سُرَّاقِ أرضِنا		لكان فَساداً للخَراب يَؤُولُ
وفي الأخْذ بالآثارِ إصلاحُ أمرِنا		وفي التَّرْكِ عن قَصْدِ السَّبيلِ عُدولُ

[1] من قمار من بلد سوف. محمد الخضر، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠.

[2] محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦-٦٧، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠.

فعِرْفانُكَ الخطَّ الذي غابَ ربُّه		لعِرفانِ أثْرِ[1] المُستَراب عَديلُ[2] .

ومِمَّا اعتَرَضَ به فُقهاءُ "خنقة" على الشَّيخ خليفة بن حسن أنَّ النَّظرَ في المصالح المرسلة التي لاشاهِدَ لها بالاعتبار الخاصّ إنَّما هو موكول إلى نظر المجتهدين؛ أمَّا مَنْ لم يُبارِح منـــزلة التَّقليد فليس من هذا الأمر في قَبيل ولا دَبير[3].

وهذا الاعتراض الذي اعتُرِضَ به يدُلُّ على أمرين:

الأوَّل: أنَّ التَّقليد غير المتبصِّر لبعض الفُقهاء رحمهم الله في العصور المتأخِّرة كان له أثرٌ في الرُّكود الحَضاريِّ للأمّة؛ إذْ لا تقوم للحضارة ساقٌ إلاَّ وهي ناهجة نهجَ المصلحة التي تتطلَّبُها طبيعة الزَّمان والمكان؛ فإذا جُعِلَ النَّظرُ في المصالح المرسلة من مُهمَّة المجتهدين، ثمَّ ادُّعِيَ أنَّ الاجتهاد أُوصِدَ الباب دونه؛ فالنَّتيجةُ هي تعطيلُ المصالح وتطريق النَّاس في أنْ يتلمَّسُوا الصَّلاح في غير الشَّريعة الغرَّاء.

الثَّاني: أنَّ الأمَّة مع ما كانت عليه من أثر التَّخلُّف لم تَعدِم «علماء يفقهون أنَّ أحكامَ الإسلام واردةٌ لحفظ المصالح، ودائرةٌ على مُقتَضَى الحاجات»[4] كخليفة بن حسن رحمه الله.

❖❖❖

---

[1] في كتاب نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم: "إثر". ١٨١.

[2] محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦-٦٧، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠.

[3] المرجعان السَّابقان.

[4] محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٦.

الفصل الثّاني:

الاستحسانُ في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: الاستحسان: المفهوم والمضمون.

المبحث الثاني: الاستحسان في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وشروطا، ومجالَ إعمالٍ، ومقتضيات الأخذ به.

المبحث الثالث: الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المبحث الرابع: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي.

المبحث الأول:

الاستحسان: المفهوم والمضمون

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ هي:

المطلب الأول: الاستحسان: مفهومه في اللُّغة والاصطلاح المالكيّ.

المطلب الثاني: أركان الاستحسان.

المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بأصل الاستحسان.

المطلب الرابع: مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان.

المطلب الأوّل: الاستحسان: مفهومه في اللّغة والاصطلاح المالكيّ:

الفرع الأول: الاستحسان لغة:

استحسن المرءُ الشَّيءَ: عدّه حَسناً؛ قال ابن منظور: «ويَسْتَحْسِنُ الشيءَ أَي يَعُدُّه حَسَناً»[١].

فمحصِّلُ معنى الاستحسان اعتقادُ المرء حسنَ الشَّيء؛ بغضّ النَّظر عن واقعيَّة الحُسن في الشَّيء المستحسن؛ فلكلِّ النَّاس مذاهب فيما يستحسنونه، وفيما يستبشِعونَه ويستقبحونه.

الفرع الثّاني: الاستحسان: مفهومه اصطلاحا لدى المالكية:

أصلُ الاستحسان قد أثارَ بين أهل الأصول اعتِراكاً حادّا ومُساجلاتٍ طويلةً؛ بين قائل به ناصرٍ له، وبين مُنكِرٍ له مشنِّع على من استمسك به؛ ولقد كانت بداءات هذه المنازعة من عهد الإمام الشَّافعي ﷺ الذي ألَّف فيه كتابا وسمه بــ: "إبطال الاستحسان" فحَمَل فيه الغارَة على من جعل الاستحسان من المدارك الشَّرعيَّة التي تكون من متمسَّكات المجتهد في اجتهاده؛ فعدَّ الشَّافعي رحمه الله الاستحسان تلذُّذا[٢]، ونُقِلَ عنه أنَّ من استحسن فقد شَرَع[٣]؛ إلى غير ذلك من العبارات التي تَطوي في ضمنها بالغَ الاستشناع ونهايةَ الاستنكار.

ولكنَّ الأئمَّة الذين اتَّخذوا من الاستحسان مُدْرَكا شرعيًّا أنكروا أن يكون الاستحسانُ الذي أبطله الشّافعيّ وبالغ في إنكاره له؛ هو الاستحسانَ الذي قال به أئمَّتُهم وجعلوا منه أصلا تشريعيّا؛ وهذا يُفضي بالنَّاظر إلى أنَّ هناك تَخالُفا وتبايُنا في المحلّ الذي وقع فيه كلام الطّائفتين؛ فالمحلّ الذي أبطله الشّافعيّ غير المحلّ الذي قال به المُنتصرون للاستحسان؛ لكن ما السّبب الذي أدّى إلى هذا التَّخالف والتَّباين؟:

الذي يظهر لي أنَّ هنالك أسبابا أُجملها في الأمور التَّالية:

أولا: إنَّ الاستحسان يُعدّ من أدقّ مسالك الاستدلال والاحتجاج؛ لوُقوعه -كما سيأتي- بين أدلَّة مُتعارِضَة مُتدافعة، ممَّا أدَّى القائلين به إلى الاختلاف في تحديد مفهومه؛ فدِقّةُ

---

[١] ابن منظور، لسان العرب ١٣/١١٧.

[٢] الشافعي، الرسالة ٥٠٧.

[٣] الغزالي، المستصفى ١/٤٠٩.

معناه وخفاؤه في ذاته كان من أجلى أسباب هذا الاضطراب؛ فالآخذُ بالاستحسان هو آخذٌ بدقيق العلم ولطيفِ المعنى. ومعلوم أنّ المعاني الدّقيقة والمسالكَ الخفيّة يعسُر -خاصّة في البداءات- إبرازُها في حدود لفظيَّة؛ وهذا الذي وقع في مفهوم الاستحسان، فقد عرّفه بعضُهم -كما سيأتي- بقولهم: «هو دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصُر عنه عبارتُه، فلا يقدر على أن يتفوّه به»[1]. وعقّب عليه أبو العباس القرطبيّ بقوله: «ويظهر أنّ هذا أشبهُ مايُفسّر به»[2].

وهذا الأمر ليس خاصّا بعلم الأصول، بل هو شامل لكلّ العلوم وعامّ في كلّ الفُنون؛ فمثلا: نجد في علم الحديث أنّ كثيرا من أهله يعُدّون الوُقوف على علَّة الحديث علماً تقصُر ألسنتُهم عن الإفصاح عنه، فربَّما يُنكرون الحديث ويَدفعونه، فإذا سُئلوا عن سبب الإنكار لم يكُن لهم من جواب إلاّ المعرفة، ويقولون: أرأيتَ لو أتيتَ النَّاقد فأريتَه دراهمَك، فقال: هذا جيِّد، وهذا بهرج؛ أَكُنتَ تسألُه عمَّن ذلك، أو كنتَ تُسلّم الأمر إليه؟![3] .

وأهلُ الحديث إذا أنكروا بعض الأحاديث فإنَّما كان ذلك لأسباب خفيَّة وعلل دقيقة، وإبرازها يحتاج إلى عارِضة قويَّة، وقصورُ بعضِهم عن بيانها لا يدلّ -أبدا- على استحالة تجليتها، فهذا الحافظ ابن رجب رحمه الله في كتابه الماتِع: "شرح علل التّرمذيّ" أبرز كثيراً من هذه الأسباب والعلل التي يستند إليها أهلُ الحديث في تعليلهم الأحاديثَ ونقدِهم الأخبارَ؛ فدلَّ هذا على أنَّ تلك المقالات إنَّما خَرَجَت على جهة صُعوبة إبداء المستند لا على استحالته؛ وما يكون عَسِراً على البعض فهو ميسورٌ للبعض الآخر.

لهذا قال القاضي ابن العربي عن الاستحسان: «وأما أصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد العارضة يبده إلى الوجود...» [4].

وقال أبو العباس القبَّاب مبينا دقة أصل الاستحسان-: «**ولقد ضاقت العبارة عن معنى أصل الاستحسان** حتى قالوا أصح عبارة فيه أنه معنى ينقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه»[1].

---

[1] الدردير، الشرح الكبير ١٠٢/٣، الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٨.

[2] الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٨.

[3] ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، تحقيق شعيب الأناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، ط٧، ١٤١٧، ١٠٦/٢، وانظر: ابن أبي حاتم، تقدمة الجرح والتعديل ٣٤٩- ٣٥١.

[4] ابن العربي، المحصول في علم الأصول ص/١٣٠.

وفي مثل هذا يُروَى عن الشّافعيِّ الإمام قولُه إذ سأله يونس بن عبد الأعلى عن مسألة -: «أَجِدُ بيانها في نفسي وليس يَنطلِقُ به لساني»[٢].

ثانيا: ومن الأسباب التي أدَّت إلى هذا التَّبايُنِ: الاختلافُ بين القائلين بالاستحسان في تحديد مفهومه؛ إذْ الاستحسانُ عند المالكيَّة يختلف نوعا ما عن الاستحسان عند الحنفيَّة؛ واختلافُهم كذلك في مدى التَّوسيع والتَّضييق في الأخذ به[٣].

اختلاف المالكية في تحديد مفهوم الاستحسان في المذهب:

لقد تباينت تعريفاتُ الأصوليّين لمفهوم الاستحسان تباينا يكادُ يُوقع النّاظر في الذّهول ويورثُه الحيرة. وكما وَقَعَ الخلاف في تعريفه بين القائلين به نجِدُ أنّ الذين أنكروه ونَفَوا كونه حجَّة ودليلا شرعيّا عرّفوه بخلاف مفهومِه عند من قال به.

وقد وقع بعضُ هذا الاختلاف في تفسير الاستحسان الذي يقول به المالكيَّة؛ قال ابنُ رشد الحفيد: «..وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالكٌ كثيرا؛ فضعفه قوم وقالوا إنَّه مثل استحسان أبي حنيفة وحددوا الاستحسان بأنَّه قولٌ بغير دليل، ومعنى الاستحسان عند مالك هو...»[٤]، وقال الباجيّ: «وقد اختلفت تأويلاتُ أصحابنا في الاستحسان»[٥].

وفي هذا المقام أُورِدُ كلَّ ما وقفتُ عليه من تعاريفَ وتقريباتٍ لمفهوم الاستحسان؛ لأخلُصَ بعد ذلك إلى مفهوم يكون أقربَ إلى مُراد مالك وأصحابه. وممَّا ينبغي أن يُنبَّه له في هذا المقام أنَّ التَّعريفات المختلفة والمُتباينة ممَّا لا يستقيم أنْ تُهمَل أو أن لا يُعتَنى بها؛ إذ الصَّواب اعتبارُها وسَبرُها ومُحاولةُ التَّقريب بينها؛ هذا لأنَّ مَن يتصدّى لتعريف بعض الحقائق إنَّما يُعرِّف ما انقدح عنده من معناها؛ وقد يكون هذا التَّعريف والتَّقريب ممَّا لم يقع على حقيقة المعرَّف من جميع جِهاته، فيكون فيه قُصور؛ لكنْ أن يكون التَّعريفُ لا صِلَةَ له بالمعرَّف به فهذا ما يُستبعَدُ أن يقع لأهل العلم؛ وعليه فالتَّعريفُ وإنْ قصُر فإنَّ مُعرِّفَه قد تعلَّق بطَرَفٍ من حقيقة

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٣/٨٠.

[٢] الجرجاني، الوساطة بين المتنبي وخصومه ٤٣٠.

[٣] السنوسي، اعتبار المآلات ٢٩٢.

[٤] ابن رشد، بدية المجتهد ٧٢/٤.

[٥] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

الشَّيء المعرَّف؛ ومنه فإنَّ تتبُّع كلام العلماء في التَّعاريف هو أجودُ الطّرق للكشف عن حقائق المعاني ومضامينها على جِهة الشُّمول والاستيعاب.

التعريف الأول: من فسر الاستحسان بأنه دليل ينقدح في النفس:

قال الدردير في "الشرح الكبير" معرفا الاستحسان: «**وهو معنى ينقدح في ذهن المجتهد تقصُر عنه عبارته**»[١]، وتبعه على هذا التّعريف الصاوي[٢].

والمراد بالمعنى دليلُ الحكم الذي استحسنه[٣]، وأمَّا الحكم فيجب أنْ يُعبِّرَ عنه ضرورةً.

وهذا التَّعريف لاقى كلَّ الاعتراضِ من جمهور المالكيَّة[٤] وغيرهم؛ ومكمَن الاعتراض فيما يلي:

أوَّلا: ما لا يُقدَرُ على الإبانة عنه ليس يُدرى هل هو حقّ أو باطل؟ وهل هو حقيقة أو وهم وخيال؟ قال الغزالي رحمه الله: «وهذا هَوَسٌ؛ لأنَّ ما لا يُقدر على التَّعبير عنه لا يدري هو وهم أو تحقيق؟»[٥].

وردَّ عليه القرطبيّ فقال: «...ما يحصل في النَّفس من مجموع قرائن الأقوال من علم أو ظنّ، لا يتأتّى عن دليله عبارةٌ مُطابقة له. ثمَّ لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلال بالمعبّر عنه، فإنَّ تصحيح المعاني بالعلم اليقيني لا بالنّطق اللَّفظي» قال: «ويظهر لي أنَّ هذا أشبهُ ما يُفسَّر به الاستحسان»[٦].

ثانيا: أنَّ القصور في العبارة عن الأدلَّة من المجتهد غيرُ متصوَّرة؛ قال الشّيخ محمد الخضر حسين:«ومَن هذا الذي وَصَلَ إلى رتبة استنباط الأحكام ولا يستطيع أن يُعرِبَ عمَّا في ضميره، ويدلّ على ما خَطَرَ له من المعاني؟!»[٧].

---

[١] الدردير، الشرح الكبير ١٠٢/٣.

[٢] الصاوي، بلغة السالك ١٤٦/٣.

[٣] الدردير، الشرح الكبير ١٠٢/٣.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٩٣/٣، العلوي، نشر البنود ١٦٧/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

[٥] الغزالي، المستصفى ٤١٣/١، الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٨. ووقع في البحر تحريف كلمة: "هوس" إلى: "هو بين". وانظر: الاعتصام ٩٣/٣ فقد رد الشاطبي هذا الحدّ وبالغ فيه.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٨.

[٧] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٧٢/٣، العلوي، نشر البنود ١٦٧/٢.

ويُردُّ على هذا بما تقدّم قريبا من كلام القرطبي؛ إذْ لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلالُ بالمعبَّر عنه؛ وأنَّ تصحيح المعاني بالعلم اليقيني لا بالنطق اللَّفظي.

ثالثا: إنَّ عدَّ ما كان على هذا المنوال من اللّجوء إلى عُسر العبارة في تعريف الأدلَّة ممَّا يفتح الخَرق في التَّشريع ويُشْرِعُ للفساد باباً عظيما؛ إذ لا تجِدُ صاحب بدعة أو مذهب ردِيّ إلاَّ وهو يدَّعي أنَّ له متمسَّكا يقصُر بيانُه أنْ يبلُغه[1].

والذي يظهر لي أنَّ هذا الذي تقدَّم ليس تعريفا للاستحسان من القائلين به؛ إذْ مفادُه راجعٌ إلى تقريبٍ لما يجدُه المستحسِنُ في نفسه عند الاجتهاد الذي يستند إلى الاستحسان؛ فهذا التَّقريب هو تعبيرٌ عن حالة شُعوريَّة تعتلِجُ في نفس المجتهد؛ فهو يقِفُ على الحكم ويطمئنّ له مُستندا إلى دليل الشّرع؛ إلاَّ أنَّ البيان عن ذلك يقِف دون الكشف عنه في قوالب لفظية وصيغ كلامية؛ وهذا كما نُقِل عن الشَّافعيّ: «أجدُ بيانها في نفسي وليس ينطلق به لساني»[2]. فمَنْ قال ما قال لم يكُن يقصِدُ إلى تعريف حقيقة الاستحسان؛ وإنَّما كان قصدُه إلى إبراز دقَّة هذا المسلك وعُسر العبارة عنه؛ على أنَّ المتمسك به ليس متمسِّكا بهواه، وإنَّما تمسّكه بدليل شرعيّ يطمئنّ له؛ وهذا مفاد قولهم: "وهو معنى أو دليل ينقدح...".

التعريف الثاني: من عرف الاستحسان بأنه الأخذ بأقوى الدليلين:

مِن أوائل من عُنوا بتعريف الاستحسان في المذهب المالكيّ وإبداء حقيقة مضمونِه إمامٌ من أئمَّة المدرسة العراقيَّة التي كان لها أهمّ اضطلاع في تدوين أصول الفقه المالكيّ؛ وهذا الإمام هو ابن خويزمنداد البصريّ فقد عرَّف الاستحسان في كتابه "الجامع في أصول الفقه" بقوله: «ومعنى الاستحسان عندنا: هو القول بأقوى الدليلين»[3].

---

[1] الشاطبي، الاعتصام ٩٣/٣، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٧٢/٣.

[2] الجرجاني، الوساطة بين المتنبي وخصومه ٤٣٠.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٦٠/٢، كشف النقاب ١٢٥-١٢٦، الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥، الإشارة ٣١٢، إحكام الفصول فقرة ٧٤٩، ونقل ذلك عنه الزركشي في البحر المحيط ٩٧/٨، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود١٦٦/٢، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٧٠/٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢١٩.

ومُقتضى هذا التَّعريف أنَّ الاستحسان يكون في حال تعارُض الأدلَّة فيما بينها؛ فيُقدِّمُ المجتهد من ذلك أقوى الأدلَّة وأرجحَها؛ فيكون هذا التَّرجيح استحسانا[١].

غيرَ أنَّ هذا التَّعريف من ابن خويزمنداد لم يَجْلُ مضمونَ الاستحسان ولم يُفضِ إلى حقيقته؛ إذْ تعريفه هذا يُدخِلُ في الاستحسان كلّ ترجيح يقع للمجتهد، سواء أكان التعارُض بين آيتين أو بين حديثين أو بين قياسين؛ فيلزم من هذا التّعريف جعلُ الفقه كلِّه استحساناً؛ إذْ لا تخلو مسألةٌ من تعارض الأدلَّة فيها، وعملُ المجتهد حينها النّظرُ في أقواها لتقديمه والعمل به[٢].

ومكمَنُ الاعتراض على هذا التّعريف مُتوجِّه في أنَّه لم يُبيّن حقيقة الدّليل المرجوح وحقيقةَ الدَّليل الرّاجح والسّبب الدّاعي للتّرجيح.

والذي أفاده تعريفُ ابن خويزمنداد أنّ من حقيقة الاستحسان وُجود تعارُض بين دليلن؛ فيستحسن المجتهد تقديم الدّليل الأقوى عنده.

وجرى القاضي ابنُ العربيّ على تعريف ابن خويزمنداد بأنّه عمل بأقوى الدّليلين؛ إلاّ أنَّه زاده بيانا ووُضوحا فأَبرز أركانَ الاستحسان وعناصرَه المكوّنة له؛ قال ابنُ العربي: «والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين....»[٣]. وسيأتي قريبا تحليلُ تعريفه.

وسارَ ابنُ رشد الحفيدُ والشّاطبيّ على خُطى ابنِ خويزمنداد وابنِ العربيّ في عدّ الاستحسان عملا بأقوى الدَّليلين:

قال ابنُ رشد الحفيدُ: «وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيرا؛ فضعفه قوم وقالوا إنه مثل استحسان أبي حنيفة وحددوا الاستحسان بأنَّه قولٌ بغير دليل، **ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة**، وإذا كان كذلك فليس هو قول بغير دليل»[٤].

وقال الشاطبي بعد أن أَورَدَ تعريفات المالكيّة والحنفية للاستحسان-: «والذي يستقرئ من مذهبهما أنَّه يرجع إلى **العمل بأقوى الدليلين**. هكذا قال ابن العربي، قال: العموم إذا

---

[١] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

[٢] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٥.

[٣] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٤] ابن رشد، بدية المجتهد ٤/٧٢.

استمر....هذا ما قال ابنُ العربي، ويُشعر بذلك تفسيرُ الكرخيّ أنّه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى»[١].

وهذا ما فسّر به الشيخ الطّاهر ابن عاشور مصطلح مالك في قوله: "فهو شيء استحسنته من قول العلماء"؛ قال ابن عاشور -في سوقه لمصطلحات مالك التي رواها ابنُ أبي أويس-: «وقوله قبل ذلك "فهو شيء استحسنته من قول العلماء" أي رجحته. فهذا مرادُه بالاستحسان هنا؛ وهو الأخذ بأرجح القولين، أو أقوى الدّليلين»[٢].

والشاطبي وابن رشد الحفيد وابن العربي حينما وافقوا ابن خويزمنداد على أن الاستحسان هو عمل بأقوى الدليلين؛ لم يقفوا عند هذا القدر، وإنما زادوا في البيان والكشف كما سيأتي.

«والاصطلاحُ وإنْ كان لا مشاحّة فيه؛ إلاَّ أنَّ مناسبة الاسم للمسمّى ممّا يجدُر بالمصطلحين اعتباره»[٣] وعليه؛ فوجهُ تسمية الأخذ بأقوى الدّليلين استحسانا أنَّ فيه اختياراً للأحسن، وهذا إنَّما يكون في شيئين حسنين، وإنَّما يوصف القولُ بالحسن إذا جاز العمل به لو لم يُعارضه دليل[٤].

التعريف الثالث: الاستحسان تخصيص العموم أو القياس:

جَرَى القاضي ابنُ العربيّ على تعريف ابنِ خويزمنداد بأنَّ الاستحسان عملٌ بأقوى الدَّليلين؛ إلاَّ أنَّه زاده بيانا ووُضوحا فأبرز أركانَ الاستحسان وعناصِرَه المكوّنة له؛ قال ابن العربي: «والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين. وقد بينا ذلك في مسائل الخلاف؛ نكتته المجزئة هاهنا:

أنَّ العموم إذا استمرَّ والقياس إذا اطّرد فإنَّ مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيصَ العُموم بأيّ دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالكٌ أن يخصّ بالمصلحة...ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيصَ القياس ببعض العلَّة، ولا يرَى الشَّافعيّ لعلَّة الشَّرع إذا ثبتت تخصيصا. ولم يفهم الشَّريعة من لم يَحكُم بالمصلحة ولا رَأَى تخصيص العلَّة»[٥].

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧-١٣٨.

[٢] ابن عاشور، كشف المغطى ١٧-١٨.

[٣] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[٤] آل تيمية، المسودة ٢/٨٣٨.

[٥] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩، الشاطبي، الاعتصام ٣/٦٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢١٩.

ومُقتضى هذا التَّعريف أنَّ الاستحسان عند مالك هو تخصيصُ العامّ أو تخصيصُ القِياس بالمصلحة؛ فالدَّليل الأصليّ إمَّا أن يكون: عُموما لفظيا، وإما أن يكون قِياسا متعدِّيا؛ والدَّليل الأقوى الذي يُرجَّح على الدَّليل الأصليّ هو المصلحة التي قال بها مالك رحمه الله. إلاَّ أنَّ ابن العربي لم يُبيِّن الوجهَ الذي دعا إلى الخروج عن القِياس إلى المصلحة؛ لكنْ يظهر أنَّ جريان العموم والقياس على خلاف المصلحة هو ذاته سببُ العُدول وموجبُه؛ إذْ الأدلَّة لا تكون أبدا مجافيةً للمصالح؛ وحيثُ وجد ذلك وجب أنْ يُستثنى؛ ويُعمل بالمصلحة المعتبرة شرعاً؛ وهذا وجهُ وضع الشَّريعة، إذْ إنَّها استثنت كثيرا من الصّور من أصل القياس لمصلحة راجحة اقتضت هذا التَّخصيص والاستثناء؛ وهذا ما أشار إليه ابنُ العربيّ بقوله: «ولم يفهم الشَّريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلَّة».

التعريف الرابع: ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص:

وقال ابنُ العربيّ بعد أن ساق أقسامَ الاستحسان عند المالكيَّة مع التَّمثيلات عليها: «فهذا أُنموذج في نظائر الاستحسان، وكلّ مسألة مبينة في موضعها؛ ذلك لتعلموا أنَّ قول مالك وأصحابه: أستحسن كذا إنَّما معناه: **وأوثِر تركَ ما يقتضيه الدَّليل على طريق الاستثناء والتَّرخّص بمعارضته ما يُعارِضُه في بعض مُقتضياته**»[١].

وتعريفُ ابنِ العربيّ هذا يُبرز أُموراً:

أوَّلا: أنَّ الاستحسان تركٌ للعمل بالدَّليل في بعض اقتضاءاته الأصليَّة؛ فليس الاستحسانُ تركاً للدَّليل رأساً، وإنَّما هو ترك جزئيّ لا تركٌ كلِّيّ؛ وهذا أدقّ من تعريف ابن خويزمنداد في قوله عمل بأقوى الدليلين؛ لأنَّ ذلك يشمل تركَ الدَّليل المرجوح بالكليَّة والعمل بالدَّليل الأقوى الرّاجح؛ وهذا ليس مقصودا من الاستحسان؛ وإلاَّ لصار الفقهُ بأجمعه استحسانا؛ والأمرُ على خلافه.

ثانيا: لم يُبيِّن في التعريف حقيقةَ الدَّليل الأصليّ الذي منه الاستثناء؛ كما لم يُبيِّن الدَّليل المعارِض الذي به يكون الاستثناء؛ ولكن يُشير إليه ما سأبيّنه فيما يأتي.

---

[١] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧-٢٠٨.

ثالثا: قوله: "على طريق الاستثناء والتَّرخّص" يحمل معنى كونِ الاستثناء إنَّما كا نَظَرا للمصلحة التي أدَّت إلى التَّرخّص؛ إذْ مناطُ بابِ الرّخص اعتبارُ المصلحة المُقتضية للاستثناء من الدَّليل الأصليّ.

التعريف الخامس: الالتفات إلى المصلحة والعدل:

قال ابن رشد الحفيد: «**ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل**»[١].

أوَّل ما يُعترَض على هذا التَّعريف قوله: «في أكثر أحواله» وطبيعةُ التَّعريفات تأبى ذلك؛ إذْ من شرائط الحدود والتّعريفات أن تكون جامعة لأفراد حقيقة المعرَّف ومانِعة لما خرج عن مضمونه، و"الأكثر" في قول ابن رشد يقابله "الأقل"، وهذا "الأقل" حسب التّعريف ليس داخلا في التّعريف وإنْ كان ممّا يُطلق عليه لفظ الاستحسان.

وقد يُقال: إنّ هذا التَّقريب من ابن رشد للاستحسان يلتبس بالمصالح المرسلة؛ فيُجابُ: بأنَّ في قوله "التفاتا" معنى زائداً عن المصلحة المرسلة؛ وهو فارِقٌ بين هذا وذاك؛ فلفظةُ الالتفات تُشعر بالعُدول عن أصلٍ والخُروج عنه؛ فلَكَأَنَّ المجتهد سالكٌ للجادَّة -وهو طردُ الاقتضاءِ الأصليّ للدّليل- ثمَّ إنَّه يلتفتُ ويُعرِضُ عن سُلوك الجادَّة لما رَأى من مصلحةٍ وعدلٍ في عُدوله عنها.

ومِنْ أجلّ ما أفادنا هذ التَّقريبُ من ابن رشد لمعنى الاستحسان أنَّ أساس العُدول عن الاقتضاء الأصليّ هو النَّظر في المصلحة والعدل؛ فهما بذلك من الأُسس المكوِّنة لحقيقة الاستحسان، وهما المسوغان اللذان يستند إليهما في قطع المسألة عن حكم نظائرها.

التعريف السادس: تقديم المصالح المرسلة على القياس:

ومن الأئمّة الذين عرفوا الاستحسان عند المالكيّة ولاقى تعريفهم قَبولا واسعا لدى عُلماء المذهب؛ الإمام الأبياريّ في شرح البرهان للجوينيّ؛ قال الأبياريّ: «الذي يظهر من مذهب

---

[١] ابن رشد، بداية المجتهد ٢٤٢/٣.

مالك في الاستحسان أنّه **استعمال مصلحة جزئيّة في مقابلة قياس كلّيّ؛ فهو تقديم للاستدلال المرسل على القياس»**[١].

وقد ارتضى الشّاطبيّ هذا التعريف حيث قال في الموافقات: «وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي؛ ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[٢].

وقال الشاطبي في موضع آخر: «أصل الاستحسان على رأي مالك...معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[٣].

فمحصل هذا أمورٌ:

أولا: الدَّليل الأصليّ المعدول عنه إلى غيره في بعض مُقتضياته؛ هو القياس الكليّ؛ هذا ما ورد عن الأبياري والشاطبي؛ إلاَّ أنَّ الشَّاطبي وَقَعَ له في كلامه نوعُ اضطراب ظاهريّ؛ سيأتي بيانُه في أركان الاستحسان؛ إنْ شاء الله.

ثانيا: يؤخذ من التَّعريف أنَّ الدَّليل الذي كان به العُدول عن الاقتضاء الأصليّ هو المصلحة المرسلة؛ وعليه فمحصّل الاستحسان تقديم للاستدلال المرسل على الدليل الأصليّ. قال الشّيخ الخرشي: «**والاستحسان تقديم مراعاة المصلحة**»[٤].

ثالثا: لم يُبيِّن في التَّعريف الأمرَ الذي دَعَى إلى هذا العدول؛ ولكنْ يبدو أنَّ الاستدلال المرسل أقوى في الاعتبار من القياس ومن العموم اللَّفظيّ، فهذا وجهُ التّرجيح والتَّقديم.

رابعا: ظاهرٌ من هذا التَّعريف أنَّ معنى الاستحسان على هذا النَّحو هو أخصّ من التَّعريف الذي يُعزَى لابن خويزمنداد؛ لأنَّ في تقديم الاستدلال المرسل على القياس هو عملٌ بأقوى الدَّليلين وليس كلُّ عمل بأقوى الدَّليلين تقديماً للاستدلال المرسل على القياس، وهذا ما

---

[١] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود ١٦٧/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢١، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، ونقله الشاطبي في الاعتصام مبهما قائله؛ قال: «وحده غير ابن العربي من أهل المذهب بأنه عند مالك استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. قال: فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس». الاعتصام ١٣٨/٢.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣٩/١-٤٠.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤٠/١.

[٤] الخرشي، شرح مختصر خليل ١١٩/٥.

دعا ابنَ عاشور أن يقول: «ولعلَّ هذا جزء من تفسير الباجي وابن خويزمنداد»[١]؛ وليس كذلك، بل الصَّواب أنْ يُقال إنَّ تعريف ابنِ خُويزمنداد أَدخَلَ في الاستحسان ما ليس منه، وتعريفُ الأبياريّ وَقَعَ على حقيقة الاستحسان وكُنهِه.

والذي يظهر لي أنَّ القياس الذي نصَّ عليه الأبياريّ يُؤخذ بمفهومه العامّ الشَّامل للقاعدة العامَّة؛ فالاستدلال المرسل المعارض للقياس الخاص أو القاعدة العامَّة مُقدَّم؛ والذي يشهد لهذا الذي قلته:

أنَّ الشَّيخ حلولو ذكر مسألة تضمين الصناع، وخرجها على أنها من مسائل الاستحسان، ووَجْهُ ذلك أن قاعدة الإجارة عدم تضمين الأجير؛ قال حلولو: «عدم التضمين قاعدة لا لفظ»[٢]، ولكن قدمت المصلحة العامة على هذه القاعدة حفظا لأموال الناس من الضياع والتعدي؛ قال حلولو: «ويُمكِنُ ردُّ مسألة تضمين الصّنّاع إلى ما قال الأبياريّ؛ لأنّه استعمال المرسل؛ لأنَّهم إنَّما ضمَّنوا لأجل المصلحة العامَّة في مقابلة القياس العامِّ؛ الذي هو عدمُ الضَّمان في الأجراء»[٣] وقد قال قبلُ بأنَّ عدم التَّضمين قاعدة؛ ففُهِم أنَّ قصدَ الأبياريّ من القياس العامّ ما يشمل القياسَ الخاصّ والقاعدة العامَّة.

التعريف السابع: قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول:

عرَّف أبو الحسن الكرخي الاستحسان فقال: «الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأوَّل»[٤].

وقد أقرَّ القاضي عبد الوهَّاب المالكيّ هذا التَّعريف وجعله مُقتضى مذهب المالكيَّة؛ قال القاضي عبد الوهَّاب المالكي معلِّقا على تعريف الكرخي: «هو قول المحصِّلين من الحنفيَّة...ويجب أن يكون هو الذي قال به أصحابنا»[٥].

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[٢] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١١.

[٣] المصدر السابق ٤١١-٤١٢.

[٤] البخاري، كشف الأسرار ٣/٤، الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧-١٣٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/١٠٠-١٠١.

[٥] الزركشي، البحر المحيط ٨/١٠١.

وحاصِلُ هذا المفهوم للاستحسان أنَّه استثناء للمسألة عن حُكم نظائرها من دليل أصليّ إلى حكم آخر؛ لوجه أقوى اقتضى العُدول. وهذا التَّعريف ممَّا لا يبعُد عن التَّعاريف السَّابقة في الجملة؛ لذلك قال الشّاطبيّ بعد أن أَورَد تعريفات المالكيَّة والحنفيَّة للاستحسان-: «والذي يُستَقْرَى من مذهبهما أنه يرجع إلى **العمل بأقوى الدليلين**. هكذا قال ابنُ العربي، قال: العموم إذا استمرّ...هذا ما قال ابنُ العربيّ، ويُشعِرُ بذلك تفسيرُ الكرخيّ أنَّه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أَقْوَى»[1].

لكنْ يَرِد على هذا المفهوم أنَّه لم يُبيِّن طبيعةَ الدَّليل الأصليّ وطبيعةَ الدَّليل الذي يكون به العُدول.

التَّعريف الثامن: ترك مقتضى القياس لما يؤدي طرده إلى مبالغة في الحكم:

ومنْ أحسن التَّعريفات التي وقفتُ عليها للاستحسان ما عرَّفه به القاضي أبو الوليد الباجيّ في كتاب الحدود له؛ قال: «ومِن ذلك أن يرى **طرد القياس يُؤدِّي إلى غُلوٍّ ومُبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختصّ به ذلك الموضع من تخفيف أو مقارنة (كذا)**»[2].

وتبِعَ ابنُ رشد الجدُّ الباجيَّ في هذا التّعريف فقد عرَّفه بما يَقرُب منه ويُشاهِه؛ قال ابنُ رشد في البيان والتحصيل: «والاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أغلبَ من القياس هو أنْ يكون طردُ القياس يُؤدّي إلى غُلوّ في الحكم ومُبالغة فيه؛ فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يُؤثّر في الحكم فيختصُّ به ذلك الموضع»[3].

وهذا المعنى للاستحسان هو غالبُ ما يقصِدُ إليه المالكيَّة متقدِّموهم ومتأخِّروهم؛ قال الباجي: «وهذ كثيراً ما **يستعمله أشهبُ وأصبغُ وابنُ الموّاز**»[4].

---

[1] الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧-١٣٨.

[2] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦. كذا في المطبوع: أو "مقارنة" ولم أجد لها وجها. والظاهر أن تصحيفا وقع في المخطوط الذي اعتُمد في التَّحقيق؛ ذلك أنَّ المحقِّق اعتمد على مخطوطة يتيمة لتحقيق الكتاب، وهي نُسخة سقيمة وَقَعَ فيها كثيرٌ في التَّحريفات والأغلاط؛ وهذا منها.

[3] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٦، الشاطبي، الاعتصام ٣/٦٥، ابن رشد، البيان والتحصيل: ٥/٥٨، ١١/١١٩-١٢٠، ٧/٤٥٦، المواق، التاج والإكليل ٦/٢٦٧.

[4] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

وأفادَ هذا التَّعريف أمورا:

أوَّلا: أنَّ حقيقة الاستحسان هو تركُ طرد القياس في مواضعَ معيَّنة؛ فالدَّليل الأصليّ الذي يكون العدولُ عنه في بعض المواضع هو القياس لا كلّ دليل.

ثانيا: لقد أبان التَّعريفُ عن الموجب الذي اقتضى العُدولَ عن طرد القياس؛ وهو الغلوّ في الحكم الثّابتِ بالقياس والمبالغةُ فيه؛ فكان الاستحسانُ أنْ يُترك هذا القياس لهذا المقتضي في المحلّ الذي وقع أو توقّع فيه الغلوّ والمبالغة. ومن المقرَّر أنَّ الغلوّ والمبالغة ممّا يشملُهما مفهومُ الحرج والمشقَّة، والشَّرع الإسلاميّ جاء في تصاريف أحكامه رافعاً لهما ودافعا لأسبابهما؛ قال ابنُ رشد الجدّ: «وإذ أدّى طردُ القياس إلى غلوّ في الحكم ومبالغة فيه؛ كان العدول عنه إلى الاستحسان أوْلى. **ولا تكاد تجدُ التَّغرّق في القياس إلا مخالفا لمنهاج الشريعة**»[١]. والاستدلالُ المرسل ممّا يشمل مفهومَ رفع الحرج والمشقّة، فالموجب للعدول عن طرد القياس هو الاستدلال المرسل، وعلى هذا فإنَّ هذا التعريف وتعريفَ الأبياري يلتقيان في رافِد مُشتَرَك.

ثالثا: أفاد هذا التّعريف أنَّ العدول عن القياس يختصّ بالموضع الذي كان فيه الغلوّ والمبالغة؛ فلا يُعدل عن القياس في كلّ المحالِّ؛ وإلاَّ لكان تركا للقياس بالكُلّيَّة.

ومُقتضى هذا المفهوم للاستحسان أن يكون مرجعُه إلى تخصيص العلَّة في القياس؛ لذلك نجد أنَّ هذا المفهوم ممَّا أنكره نفاةُ الاستحسان؛ قال الباجي: «وهذ الاستحسان يَنفيه نُفاة الاستحسان ويُنكرونه، والواجبُ فيما لا نصّ فيه ولا إجماع اتّباع مقتضى الأدلّة وما يوجب النّظر، واجتناب العدول عنه باستحسان دون دليل يقتضي ذلك الاستحسان»[٢].

وعلى هذا؛ فإنَّ الادّعاء بأنّه لا يتحصّل استحسانٌ مختلف فيه؛ ممّا فيه نظر.

وقد عقَّب الباجي على تفسير الاستحسان بهذا المفهوم الذي أورده؛ بأنَّه إذا فُسِّر الاستحسانُ بذلك فهو موضعُ خلاف ويكون حدّه بأنّه: «اختيار القول من غير دليل ولا تقليد»[٣].

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/١١٩-١٢٠.

[٢] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧.

[٣] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

وهذا مِنْ أغرب ما يكون؛ فالآخذُ بالاستحسان إنَّما يأخذ بالدَّليل الذي قابَل القياس؛ وهو الاستدلالُ المرسل، وهو أصل في الشَّرع وقاعدةٌ من القواعد الأصليَّة في المذهب المالكيّ؛ فليس إذا قولاً من غير دليل؛ وإنَّما هو استمساك بالدّليل الراجح في مُقابل الدّليل المرجوح.

التعريف التَّاسع: ترك القياس للعرف:

قال حلولو: «وقال في المنتقى في...الوصيَّة للأقارب: **الاستحسان عند أشهب تخصيص العموم بالعرف**؛ فقال إذا قال في وصيَّته: "هي على قرابتي"؛ القياسُ دخولُ مَن يرِثُ، والاستحسانُ عدمُ دخولِه»[١].

وتبع الشخ حلولو على ذلك العلوي[٢] وابن عاشور والمشاط[٣]؛ قال ابن عاشور: «ورأيتُ لأبي الوليد الباجيّ في باب الوصيَّة من المنتقى على الموطأ عن أشهب رحمه الله أنَّ **الاستحسان تخصيصُ العموم بالعرف**»[٤].

وفي كلام حلولو وابن عاشور والعلوي والمشاط ما يُوهِمُ أنَّ مطلق الاستحسان عند أشهب يُراد منه تخصيصُ العموم بالعُرف؛ وليس كذلك؛ بيانُه: أنَّ الباجيّ رحمه الله ذكر مسألةً وَرَدَ فيها استعمال أشهبَ للفظة الاستحسان، فعقَّب الباجيّ على هذه الكلمة وأفاد أنَّ مُرادَ أشهبَ منها في هذا الموضع هو تخصيصُ العامّ بعُرف الاستعمال؛ لا أنَّ الاستحسان الذي يَجْري في كلام أشهبَ هو مِن ذلك القبيل؛ قال الباجيّ في "المنتقى" في باب الوصية: «...قال أشهبُ لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون **استحسانًا وليس بقياسٍ**؛ وكأنّه أراد غير الوارث كالموصي للفقراء بمالٍ ولرجلٍ فقيرٍ بمالٍ لا يدخل مع الفُقَراء في أموالهم، رواه ابنُ الموّاز عن مالكٍ. **وما قاله أشهب أنّه استحسانٌ وليس بقياسٍ إنّما يُريد بالاستحسان التّخصيص بعُرف الاستعمال، والقياسُ عنده حمل اللّفظ على عُمومه؛ وإنّما ذكرتُ ذلك ليُعرف مقصدُه في الاستحسان والقياس**»[٥].

---

[١] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، العلوي، نشر البنود ٢/١٦٦، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

[٢] العلوي، نشر البنود ٢/١٦٦

[٣] المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠.

[٤] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[٥] الباجي، المنتقى ٦/١٧٦-١٧٧.

وعلى هذا فإنَّ معنى الاستحسان الوارِد في كلام أشهبَ والذي فسَّره الباجيّ إنَّما هو نوعٌ من أنواع الاستحسان، لا أنَّ مفهوم الاستحسان عند أشهب هو التَّخصيص بعُرف الاستعمال؛ والذي يدلُّ على هذا أنَّ الباجيّ نفسَه فسَّر الاستحسان بأنَّ **طردَ القياس قد يؤدّي إلى غلوّ ومبالغة في الحكم، فيُستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الموضع**؛ ثمَّ قال الباجي: «وهذ كثيرا ما **يستعمله أشهبُ** وأصبغ وابن المواز»[1].

والظَّاهرُ أنَّ إطلاق أشهبَ "الاستحسانَ" على تقديم عُرف الاستعمال على مُقتضى العُرف اللُّغوي هو من الإطلاق اللُّغوي للفظ "الاستحسان"؛ وليس من مُراده الاستحسان الذي هو شائع في كلامه هو وكلامِ أهل المذهب؛ لهذا نَرَى أنَّ الباجيَّ علِمَ أنَّ هذا الإطلاق على خلاف ما هو معلومٌ؛ فأراد التَّنبيه إليه لئلاَّ يُحمَلَ على مفهومه الاصطلاحيّ الذي هو عامّ في إطلاقات أهل المذهب؛ فقال: «وما قاله أشهب أنّه استحسانٌ وليس بقياسٍ إنّما يُريد...**وإنّما ذكرتُ ذلك ليُعرف مقصدُه في الاستحسان والقياس**».

الخلاصة: التحقيق في الاستحسان الذي يدور في كلام المالكية:

غالبُ التَّعريفات السَّابقة لا تتباعد؛ بل هي جاريةٌ في مسلك واحد، وبعضُها يُبيِّن البعض الآخر، ويكشِفُ عنه، ويُبرزُ بعضَ المعاني التي لم تُتناوَل في بعض التَّعاريف؛ قال الشّاطبيّ بعد أنْ ساق كلاًّ من تعريفي ابنِ العربيَ، وتعريفِ الأبياريِّ، وتعريفِ ابنِ رُشد؛ قال: «**وهذه تعريفات قريبٌ بعضها من بعض**»[2]؛ والأمر كما قال.

ويُستخلَص من تلك التَّعاريف جُملة من المرتكزات يقوم على أساسها مفهومُ الاستحسان:

المرتكز الأوَّل: من حقيقة الاستحسان أنْ يتعارض دليلان ويؤخذ بالأقوى.

المرتكز الثّاني: يتأسَّس مفهومُ الاستحسان على مبدإ الاستثناء؛ لأنَّ فيه تركاً للدَّليل الأصليّ في بعض مُقتضياته لِماَ عارَضَه من دليل أقوى.

المرتكز الثّالث: طبيعةُ الدّليل الأصليّ الذي يكون منه الاستثناء إمَّا أنْ يكون عُموما لفظيّا أو قياسا متعدّيا أو قاعدة كلّيَّة؛ وهذا المرتكزُ ممّا وقع فيه بين أهل المذهب بعضُ

---

[1] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

[2] الشاطبي، الاعتصام ٦٥/٣.

اضطراب؛ إذْ منهم من يقصُر الدَّليل الأصليّ على القياس، ومنهم من يُعمِّم؛ وسيأتي بسطُ هذه المسألة حين تناول أركانِ الاستحسان.

المرتكز الرّابع: العدولُ عن الدَّليل الأصليّ لم يكُن من إملاء التَّشهِّي؛ وإنَّما هو اتِّباع للدَّليل القويّ.

المرتكز الخامس: أصلُ الاستدلال المرسل هو الدّليل الذي يكون به العدول عن الدَّليل الأصلي؛ تحقيقا للعدل وتحصيلا للمصلحة المعتبرة في الشَّرع.

التعريف المختار:

وإذا تجلَّت حقيقةُ الاستحسان ببيان هذه المُرتكَزات؛ فإنَّ أقربَ التَّعاريف لمفهوم هذا الأصل في المذهب المالكيّ هو أنْ يُقال:

«الاستحسانُ هو تقديمٌ للاستدلال المرسل على الدَّليل العامّ في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثاء».

وبيان هذا التّعريف يكون كالتّالي:

«تقديمٌ للاستدلال المرسل»: أبان هذا الجزء من التّعريف أنَّ الدَّليل الذي يكون على أساسِ العُدولُ عن مُقتَضَى الدَّليل الأصلي هو أصلُ الاستدلال المرسل.

«على الدَّليل العام»: وفي هذا تجليةٌ لطبيعة الدَّليل الأصليّ الذي يكون منه الاستثناء؛ فهو دليلٌ عامّ، وأعني به ما يَشمل العموم اللَّفظيّ والقياسَ بمفهومه العامّ الشَّامل للقاعدة.

«في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثاء»: وتركُ الدَّليل الأصليّ استحسانا لا يكون تركاً كلِّيًّا؛ وإنَّما هو تركٌ له في بعض المحالّ التي عارضها أصلُ الاستدلال المرسل؛ ومنه فإنَّ حقيقة الاستحسان تقومُ على أساس الاستثناء.

المطلب الثّاني: أركان الاستحسان:

وإذْ انتهت الدِّراسة من بيان مفهوم الاستحسان عند المالكيَّة نأتي على ذكر أركان الاستحسان؛ وهي ثلاثةُ أركان:

أوَّلا: الدَّليل الأصلي:

ثانيا: الدَّليل المستحسن به:

ثالثا: وجهُ الاستحسان:

وسأبحث كلَّ رُكن في فرع مُستقلٍّ:

الفرع الأول: الدَّليل الأصليّ الذي يُعدَل عنه:

الذي يقتضيه مذهبُ مالك وأصحابِه أنَّ الدَّليل الأصليّ الذي عُدِلَ عنه واقتُطعت منه مسألةُ الاستحسان هو الدَّليل العامّ، سواء أكان هذا الدّليل عامّا عموما لفظيا أو عاما عُموما قياسيّا-إذْ مُقتضى القياس المتعدّي أن يكون عامّا حيثُ وُجدت العلة، أو قاعدةً من القواعد الكليّة التي يشملها معنَى القياس بمفهومه الأعمّ.

والذي يدلُّ على هذا من مذهب مالك نصوصُ أهل المذهب من محقّقيه ونُظّاره:

قال ابن العربيّ في تعريف الاستحسان: «والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين...»؛ ثم قال: «العموم إذا استمرّ والقياس إذا اطّرد فإنّ مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأيّ دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسنُ مالكٌ أنْ يخصّ بالمصلحة»[١]. فلا يُشترط في الاستحسان المالكي عند ابن العربيّ أن يكون الدّليل الأصليّ المعدول عنه قياسا أصوليّا؛ بل إنّ ذلك يشمل العُموم اللّفظي؛ وهذا المعنى قرّره كذلك في كتابه المحصول؛ فبعد أن ساق أقسام الاستحسان عند المالكية مع التّمثيلات عليها قال: «فهذا أُنموذج في نظائر الاستحسان، وكلّ مسألة مبيّنة في موضعها، ذلك لتعلموا أنَّ قول مالك وأصحابه: أستحسنُ كذا إنَّما معناه: وأوثر تركَ ما يقتضيه الدّليل على طريق الاستثناء والتّرخُّص بمعارضته ما يُعارضه في بعض مقتضياته»[٢]. فالدَّليل الذي يُوثر مالكٌ تركه هو مطلق الدَّليل وليس مقصورا على القياس.

غير أنَّ الذي يُعكِّر على هذا التّأصيل أنّ غيرَ واحد من المالكية جعلوا الدَّليل الأصليّ المعدول عنه هو القياس؛ ومن هؤلاء الأعلام الأبياريّ في شرح البرهان حيث قال: «الذي يظهر

---

[١] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٢] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧-٢٠٨.

من مذهب مالك في الاستحسان أنه استعمال مصلحة جزئيّة في مقابلة قياس كليّ؛ فهو تقديم للاستدلال المرسل على القياس»[١].

وقد ارتضى الشّاطبي هذا التعريف حيث قال: «وهو في مذهب مالك الأخذُ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كليّ؛ ومقتضاه الرُّجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[٢]، وقال في موضع آخرَ: «أصلُ الاستحسان على رأي مالك....معناهُ يَرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[٣].

فمحصِّلُ هذا أن الدّليل الأصليّ المعدول عنه إلى غيره في بعض مُقتضياته هو القياس الكليّ؛ هذا ما ورد عن الأبياريّ والشّاطبيّ، إلاَّ أنّ الشّاطبي وقع له في كلامه نوعُ اضطراب أشار إليه الشّيخ دراز في حواشيه على الموافقات؛ قال: «وبالجملة فإنَّك تجِدُ عند التَّأمل أنَّ المؤلف تارة يبني كلامَه على فهم أنَّ الاستحسان تقديمُ الاستدلال المرسل على القياس، وتارةً يجعله عامّا؛ كما يُعلم بتتبُّع عِباراته من أوّل كلامه في الاستحسان إلى آخره»[٤].

فالشَّاطبي يجعل الدَّليل الأصليّ المعدول عنه في بعض المواضع هو القياس، وفي مواضع أخرى يعمّمه فيجعله مطلقَ الدَّليل. ومن مُثُل ذلك أنّه نقل في كتابيه تعريفي ابن العربيّ السّالفين للاستحسان، وفي كلّ منهما لم يقصر الدَّليل المعدول به على القياس بل عمّم في أحد التعريفين، وخصّص في أحدهما الدَّليل بالعموم اللَّفظي والقِياس؛ قال الشّاطبي مُعلِّقا على كلام ابنِ العربيِّ الذي ذكره في المحصول وأحكام القرآن: «وهذا الذي قال هو نظرٌ في مآلات الأحكام من غير اقتصار على مقتضى **الدليل العام والقياس العامّ**، وفي المذهب المالكيّ من هذا المعنى كثيرٌ جدّا:...»[٥] وهذا من الشّاطبي إقرارٌ لما أورده ابنُ العربيّ.

وقال الشّاطبيّ –كذلك- عقِب إيراده لفروع في الشّرع جرَتْ على النَّسَق الاستحسانيّ: «..فإنَّ حقيقتها ترجعُ إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص؛ حيثُ

---

[١] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٠، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، ونقله الشاطبي في الاعتصام مبهما قائله؛ قال: «وحده غير ابن العربي من أهل المذهب بأنه عند مالك استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. قال: فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس». الاعتصام ٦٥/٣.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٣٩/١-٤٠.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤٠/١.

[٤] دراز، تعليقه على الموافقات ٢١٠/٤.

[٥] الشاطبي، الموافقات ٢٠٩/٤.

كان الدَّليل العامّ يقتضى منعَ ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع أصل الدَّليل العامّ لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدَّليل من المصلحة؛ فكان من الواجب رعيُ ذلك المآل إلى أقصاه»[1] وغالب الأمثلة الوارِدةِ في الشَّرع على المنهج الاستحسانيّ هي استثناءٌ من دليل عامّ اقتضى المنع، كما هو نصُّ الشَّاطبي في الكلام المنقول عنه سابقاً.

وهذا مجزئٌ في إثبات كونِ الدَّليل الأصليِّ المعدول عنه هو مُطلق الدَّليل؛ سواء أكان عموما لفظيّا أو قياسا كليّا.

أمَّا ما أُثِرَ عن الأبياريِّ ومن شايَعَه في قَصْر الدَّليل الأصليِّ على القياس-: فيُجاب عنه بأنَّ ترك القياس للاستدلال المرسل هو نوعٌ من أنواع الاستحسان في المذهب المالكيّ؛ وغالبُ ما يكون استحساناتُ المالكيَّة جارية على هذا النَّوع، وآخذة في هذا السَّبيل. أمَّا تركُ العُموم اللَّفظيّ للاستدلال المرسل فهو وإنْ كان موجودا في مذهب مالك إلاَّ أنَّه ليس بغالب ولا أكثريٍّ بالنِّسبة للنَّوع الأوَّل؛ لهذا نجد ظاهرَ كلام الأبياريّ وغيره يوهِمُ أنَّ الاستحسان المالكيَّ مقصورٌ على هذا النَّوع من الاستحسان؛ وليس كذلك وإنَّما اهتمَّ أولئك الأعلامُ بإبراز حقيقة الاستحسان الدَّارج في كلام المالكيَّة، والشَّائع في إطلاقاتهم، والمبثوث في تفريعاتهم.

الفرع الثَّاني: الدَّليل المقتضي للعُدول:

الدَّليل المستحسن به: هو دليلٌ من أدلَّة الشَّرع ولم يكُن العدول عاريا عن الدَّليل أو خَلِيّا عنه؛ إذ يحرم الخروج عن الدّليل إلاّ لدليل أرجحَ منه اقتضى العُدول والخروج عنه؛ قال ابنُ رشد: «وأما العدول عن مُقتضى القياس في موضع من المواضع استحسانا لمعنى لا تأثير له في الحكم فهو ممَّا لا يجوز بإجماع؛ لأنَّه من الحكم بالهوى المحرَّم بنصّ التَّنـــزيل، قال عزّ وجلّ: **﴿يا داودُ إنَّا جَعَلْناك خليفةً في الأرْضِ فاحْكُمْ بين النَّاس بالحقِّ ولا تتَّبِع الهَوَى فيُضِلَّكَ عنْ سبيلِ اللهِ﴾** الآية [ص: ٢٦]»[2].

والدَّليل الذي يستحسنُ المالكيَّة العدول به عن مُقتضى الأدلَّة الأصليَّة هو الاستدلال المرسل؛ كما تقدم بسطه فيما سلف.

الفرع الثَّالث: وجه الاستحسان:

---

[1] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧.

[2] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٧.

وَجْهُ الاستحسان هو العلَّةُ التي من أجلها تُرِكَ الدَّليلُ الأصليّ وعُدِل عنه إلى الدَّليل الذي كان به الاستحسانُ؛ وظاهرٌ أنَّ علَّة العدُول هي قُوَّة الدَّليل المستحسن به على الدَّليل الأصليّ؛ لذلك عرَّفه منْ عرَّفه من المالكيَّة بأنَّه أخذٌ بأقوى الدَّليلين؛ لا سيَّما وأنَّ عامَّة استحسانات المالكيَّة ممَّا ترتَكِزُ على أصل الاستدلال المُرسَل؛ وهو من القُوَّة بمكان.

المطلب الثَّالث: المصطلحات ذاتُ الصّلة بأصل الاستحسان:

مِن المصطلحات التي لها بأصل الاستحسان صلةٌ مصطلحا: المصالح المرسلة، ومُصطلح تخصيص العلة.

الفرع الأول: المصالح المرسلة:

أمَّا المصالح المرسلة فهي الأساسُ الذي يقوم عليه أصلُ الاستحسان في المذهب المالكيّ؛ لأنَّه الدَّليل الذي يرتكز عليه المستحسنُ في ترك مُقتضى الدَّليل الأصليّ؛ ومن الملاحظ أنَّ كثيرا ما يُخرِّجُ العُلماء مُدركَ بعض الفروع الاستحسانيَّة على أنَّها مصالحُ مرسلة؛ كما في مسألة تضمين الصّناع؛ فمنهم من يجعلها مثالا للمصالح المرسلة، ومنهم من يعدُّها مثالا لأصل الاستحسان؛ وكلّ منهم مُصيب؛ ذلك أنَّ مَنْ جَعَلَ ذلك من المصالح المرسلة لَمَحَ جهةَ المصلحة المتحصّلة بغضّ النَّظر عن الدَّليل الأصليّ، ومن نَظَرَ إلى أنَّ هذه المصلحة عُورضَت بقاعدة عدم التَّضمين في الإجارة فقُدِّمت المصلحةُ واستثنيت المسألةُ من أصل القاعدة-: عَدَّ ذلك استحسانا. وسيأتي فضلُ بيانٍ لهذا في المبحث الرَّابع؛ إنْ شاء الله تعالى.

الفرع الثَّاني: تخصيص العلّة[1]:

ومن المصطلحات التي تربطُها وشائجُ الصِّلة بأصل الاستحسان مُصطلح "تخصيص العلة"؛ ومكمنُ الصّلة أنَّ كثيرا من أهل الأُصول عدّوا الاستحسان من قَبيل تخصيص العلَّة كابن العربي[1] وابن رُشد الجدّ[2] والشَّاطبيّ[3] وأبي الحسين البَصريّ والرّازيّ وابنِ تيميَّةَ وابنِ القيِّم.

---

[1] الذي يقصده أهل الأصول من تخصيص العلة أو نقضها هو أنْ توجد العلَّة في محلّ ويتخلَّف مع ذلك الحكم. الجويني: البرهان ٢/ ف٩٦٩، الشيرازي: شرح اللمع ٢/ف١٠٢٠، القرافي: نفائس الأصول ٣١٣٠/٧.
والعلة إمّا عقلية أوسمعية، فالعقلية يمتنع تخصيصها بإجماع أهل النّظر، فمن شرط صحتها اطرادها، وإنَّما اختلفوا في العلّة الشرعية، هل يجوز تخصيصها أم لا؟. ابن القصَّار، المقدمة ١٨٠، الجويني، التلخيص ٢٧١/٣، الزركشي، البحر المحيط ١٣٥/٥.

قال أبو الحسين البصري عن الاستحسان: «وذلك راجع إلى تخصيص العلة»[٤]، وتبعه الرازي، فقال: «إنّ القياس إذا كان قائما في صورة الاستحسان في سائر الصور، ثمّ ترك العمل به في صورة الاستحسان، وبقي معمولا به في غير تلك الصورة: فهذا هو القول بتخصيص العلة»[٥]. وارتضى ابنُ تيميَّة ما ذهب إليه أبو الحسين والرازي، فقال: «فسّر غير واحد الاستحسان بتخصيص العلّة؛ كما ذكر ذلك أبو الحسين البصري والرّازي وغيرهما، وكذلك هو؛ فإنّ غاية الاستحسان الذي يقال فيه إنه يخالف القياس حقيقة تخصيصُ العلة»[٦]، وقال: «القول بالاستحسان المخالف للقياس لا يمكن إلاّ مع القول بتخصيص العلّة»[٤] ومشى ابن القيّم[٧] على ما قرّره شيخه وارتضاه.

والنَّظر في كلٍّ من الاستحسان وتخصيصِ العلَّة يُفضي بالنَّاظر إلى تلمُّح التَّشابُه بين مفهوم كلٍّ من المصطلحين؛ فالاستحسانُ الذي يكون فيه العُدول عن العموم اللَّفظي إلى ما يقتضيه الاستدلالُ المرسل ليس له مع تخصيص العلة من اتّفاق إلاَّ مفهوم التَّخصيص؛ أمَّا الاستحسانُ الذي يكون فيه العُدول عن القياس الكليِّ إلى الاستدلال المُرسل فهو في حقيقته قولٌ بتخصيص العلّة، ولا يتأتَّى القولُ بهذا النوع من الاستحسان إلاَّ مع الأخذ بتخصيص العلة.

المطلب الرابع: مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان

لما كثُرَ الاختلاف بين أهل العلم في هذا الأصل كان لزاما أنْ يُعرَضَ إلى حقيقة الخلاف؛ هل هو خلافٌ حقيقيّ أم هو خِلافٌ في الاصطلاح؟.

الفرع الأوّل: تحرير محل النـــزاع:

لقد اضطرَبَ بعضُ العلماء في حكاية حقيقة الخِلاف في المسألة؛ فمنهم من أَطلق وُقوع الخلاف ومنهم من عمَّم انتفاء الخلاف وأنَّه راجع إلى الخُلْف في العِبارات والاصطلاحات؛ أمَّا

---

[١] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٥، وانظر، ٥/٥٨، ٧/٤٥٧، ٨/٢٠٦، ١١/١٢٠.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٩.

[٤] البصري، المتعمد ٢/٢٩٦.

[٥] الرازي، المحصول ٦/١٢٧- ١٢٨.

[٦] ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان، تحقيق محمد عزير شمس، عالم الفوائد، مكة، ط١، ١٤١٩هـ، ٦٢.

[٧] ابن القيّم، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت)، ٤/١٢٦.

المضامين فمتَّفقٌ عليها؛ قال الزركشي: «نبه ابن السمعاني على أن **الخلاف بيننا وبينهم لفظي**...وقريب منه قول القفال...»[١].

والظَّاهر أنَّ التَّعميم والإطلاق في هذا المقام ليس بسديد ولا متوجّه؛ فقد وقع الاتِّفاق على بعض معاني الاستحسان دون بعض؛ ولقد سَبَرتُ أنواع الاستحسان ومفاهيمَه المختلفة فتحصَّل لي ما يلي:

أوّلا: ترك الدليل من غير وجه حجة:

اتَّفق العماء قاطبة على أنَّ تركَ الدَّليل سواءً أكان نصّا أو قياسا من دون وجه حجَّة ممَّا لا يجوز الإقدام عليه؛ ومَن عزا مثلَ هذا المذهب المتهافت إلى بعض أئمَّة الإسلام كأبي حنيفة فقد ذَهل ووَهم الوَهمَ القَبيح؛ قال الأبياريّ: «ولا نشكّ أنَّ أحدا من العُلماء يُجيزُ الإسناد في الأحكام إلى مثل هذا»[٢].

وقال ابنُ العربيّ: «...ولستُ أعلمُ أحدا من أهل القبلة قاله»[٣]، وقال: «...وما كان ليفعل ذلك أحدٌ من أتباع المسلمين؛ فكيف أبو حنيفة؟!»[٤].

ثانيا: ترك القياس لدليل الكتاب والسنة والإجماع:

وهذا النَّوعُ من الاستحسان ممَّا لا خلاف فيه بين العلماء؛ لأنَّ الأصل المتَّفق عليه أنَّ القياس أضعفُ في الدّلالة من نصوص الكتاب والسّنّة والإجماع؛ بل لا يجوز للمجتهد أنْ يَركَب متن الاجتهاد إلاَّ إذا عَدِمَ المسألة منصوصا عليها في كتاب الله أو في سنَّة رسول الله ﷺ ولم تكُن المسألة إجماعيَّة.

قال الباجي: «القياس منه صحيح ومنه فاسد؛ فإذا لم يمنع من الأخذ به مانع فهو القياس الصحيح والأخذُ به واجب، ولا يحل استحسانُ تركه والأخذ بغيره. وإذا منع من الأخذ به

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٩٩/٨، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٧٢/٣.

[٢] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

[٣] ابن العربي، أحكام القرآن ٣٦٣/١، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١١٤/٤.

[٤] ابن العربي، أحكام القرآن ٢٧٨/٢، وانظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان ١٣/٢-١٤.

مانع من نصّ كتاب أو سنَّة أو إجماع أو قياس هو أوْلى منه؛ فإنَّه قياس فاسد وتركُه واجبٌ، وهذا مقتضى القياس. فمن سمَّى هذا استحسانا فقد خالف في التَّسمية دون المعنى»[١].

ثالثا: ترك القياس لقياس أقوى منه:

كذلك فإنَّ هذا القسم من المتفَّق عليه بين العلماء؛ إذ الكلّ مُتَّفقون على أنَّ الأقيسة في حال تعارُضها وتدافعها يُؤخَذ بالأقوى منها والأرجح.

قال الشَّاطبي: «والأخذُ بأقوى القياسين متَّفق عليه»[٢].

الرابع: تخصيص القياس بدليل المصلحة:

أمَّا الاستحسان الذي يرجع إلى تخصيص العلة أو تخصيص القياس بالاستدلال المرسل؛ فقد اختلف فيه العُلماء؛ إذ مسألةُ تخصيص العلَّة ممَّا اختلف فيها؛ فأجاز ذلك مالكٌ[٣] وأبو حنيفة[٤]، ومَنَعَ الشَّافعيّ تخصيص العلّة[٥]، وعدَّ ذلك نقضا للعلَّة وإبطالا لها؛ وعلى هذا فالاستحسان على هذا المفهوم ممَّا جرى فيه خلاف أهل العلم، وليس موضع وِفاق بينهم.

وعلى تفسير الاستحسان بهذا المعنى فقد قال القفال والماوردي: «نحن نخالفهم بناء على أنه لا يجوز تخصيص العلة عندنا»[٦].

خامسا: تخصيص العموم اللفظي بالمصلحة المرسلة:

وهذا النوع ممّا انفرد به المالكيَّة على ما حكاه القاضي ابن العربي[٧]. وقد سبق في بحث أصل الاستدلال المرسل أن تُنووِلتْ مسألةُ تخصيص العموم بالمصلحة المرسلة.

ومنه فإنَّ هذا النَّوع من الاستحسان ممَّا جَرَى فيه الخِلافُ بين أهل العلم.

سادسا: تخصيص الدليل للعرف:

---

[١] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧-٦٨.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٦٧/٣، وانظر الرهوني، تحفة المسؤول ٢٤٠/٤.

[٣] الباجيّ، إحكام الفصول فقرة ٧٠٣، ابن العربي، المحصول ١٣٨.

[٤] الدبوسي، تقويم الأدلة ٣٤٩، ٣٦٤، السمرقندي، الميزان ٦٣١، البخاري، كشف الأسرار ٥٧/٤- ٥٨.

[٥] الشيرازي، شرح اللمع ١٨٦/٢.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ١٠٠/٨.

[٧] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٦٨٣/٢.

سيأتي في بيان أقسام الاستحسان عند المالكيَّة أنَّ هذا القسم يرجِعُ في الحقيقة إلى تخصيص الدَّليل بالاستدلال المرسل؛ وعليه فإنَّ الخلاف الواقع هناك ينسحِبُ على هذا النَّوع؛ إذا سُلِّم جعلُه نوعا مُستقلاّ.

فتحصل من هذا كلِّه أنَّ هُناك خلافا في أصل الاستحسان؛ وموطنُ الخلاف يتمثَّل في تخصيص الدَّليل العامّ من عموم لفظيّ أو قياس بالاستدلال المرسل؛ وهذا هو عينُ الاستحسان المالكيِّ.

الفرع الثَّاني: مذاهب العلماء في الاستحسان المختلف فيه:

بناءً على ما تقدَّم من تحرير محلّ النـــزاع نخلص إلى ذكر مذاهب العلماء باقتضاب ليكون ذلك أتمّ في تصوّر المسألة وتبين حقيقة النـــزاع فيها:

فقد قال به مالك[1] وأبو حنيفة[2]، وأنكره الشافعي[3].

أمَّا أحمدُ فعنه روايتان الأُولى بالجواز حكاها عنه الكلوذاني[4]؛ والأُخرى بالمنع حكاها عنه أبو يعلى[5].

ومن الفوائد الجليلة ما أفاده الباجيّ من أنَّ الاستحسان قد جَرَى عملُ العلماء في المناظرة والحِجاج بتركه؛ قال الباجيّ: «وذهب إلى الأخذ به من تقدَّم ذكره من أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه؛ غير أنَّهم قد تركوا استعمالَه في المناظرة في زماننا هذا»[6]؛ والذي ظهر لي أنَّ سبب ترك ذلك في مجالس المُناظَرة: أنَّ المناظرة مبنيَّة في أكثر سُبلها على نقضِ علل الخصم التي عليها يبني حُكمه؛ فلو أنَّ المناظِر لم يلتزم تركَ الاستحسان لكان لا يعدّ ما يورِده عليه المناظرُ من نقضِ العلة نقضا بل تخصيصا، وهو يلتزمه؛ وإذا التزمه خرجت المُناظَرَةُ عن معناها؛ فمهما نقضَ المناظر العلَّة التزم الخصمُ ذلك بناءً على جواز تخصيص العلّة؛ أي الاستحسان؛ فتخرجُ المناظرةُ عن معناها التي لها وُضِعَت.

---

[1] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨، الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧.

[2] البخاري، كشف الأسرار ٤/٤، الدبوسي، تقويم الأدلة ٤٠٤-٤٠٥.

[3] الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٥-٩٦.

[4] الكلوذاني، التمهيد ٤/٨٧، المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/٣٨٢٢.

[5] المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/٣٨٢٢.

[6] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

المبحث الثّاني:

الاستحسان في المذهب المالكيّ: حجية وأقساما وشروطا ومجال إعمال، ومقتضيات الأخذ به

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ هي:

المطلب الأوّل: الاستحسان: حجيَّته في المذهب المالكيّ.

المطلب الثّاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعُه في المذهب المالكي.

المطلب الثّالث: الاستحسان: شروطه، ومجالُ العمل به.

المطلب الرابع: الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصليّ، وكواشِفُ عُمومِ الحاجة المقتضية للاستحسان.

المطلب الأوّل: الاستحسان: حجيّته في المذهب المالكيّ:

لقد تتابع عُلماء المذهب المالكيّ على عدِّ الاستحسان أصلا من أصول مذهب مالك وأصحابه؛ ومن هذه النُّصوص المصرِّحة بصحَّة هذه النّسبة وثبوتها:

قال أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خويزمنداد البّصري في كتاب "الجامع لأصول الفقه": «ولقد عوَّل مالك رحمه الله على القول بالاستحسان وبنى عليه أبوابا ومسائلَ من مذهبه»[١].

وقال ابن العربيّ: «وعلماؤنا من المالكيَّة كثيرا ما يقولون: القياس كذا في مسألة، والاستحسان كذا »[٢]، وقال: «والاستحسان عندنا وعند الحنفيَّة هو العمل بأقوى الدَّليلين...»[٣].

وقال الشَّاطبيّ: «إنَّ الاستحسان يراه مُعتبرا في الأحكام مالكٌ وأبو حنيفة»[٤].

وقد عدّ غير واحد من المالكية الاستحسان أصلا من أصول المذهب المالكي، وأثبتوا أنَّ مالكا كثيرا ما يأوي إليه في فروعه الفقهيَّة؛ وممن نسب ذلك: أبو محمد صالح[٥] والحجويّ[٦].

وأفاد الشيخ ابن عاشور أن عبارة الاستحسان كثيرة الوقوع في أقوال مالك وأصحابه؛ قال: «تقع هذه العبارة (الاستحسان) كثيرا في الاستدلال للفروع من كتب الحنفية، وقد وقعت أيضا في مواضع من كتب فروع المالكية في حكاية أقوال مالك رحمه الله وأصحابه»[٧].

وقال ابن تيمية الحنبلي: «...وكتب مالك مشحونة بالاستحسان»[٨].

وبعد تتبُّعي لأقوال الإمام مالك وأصحابه وجدتُ طائفة كبيرة من الفروع الفقهيّة في المذهب كان أساس الاعتماد فيها على الاستحسان الذي سَبَقَ بيانُ حقيقته؛ وهذا ليس خاصّا

---

[١] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٦٠، كشف النقاب ١٢٥.

[٢] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨.

[٣] المصدر السابق ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٢/١٣٧.

[٥] النفراوي، الفواكه الدواني ١/٢٣، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢/٢٥٠، الوزاني، المعيار الجديد ١١/٩٣، الحجوي، الفكر السامي ١/٤٥٥.

[٦] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/٤٥٦-٤٥٧.

[٧] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٩.

[٨] آل تيمية، المسودة ٢/٨٣٥.

بمالك بل إنَّه يمتدُّ إلى تلاميذه كابنِ القاسم وأشهبَ وإلى تلاميذ تلامذتِه كأصبغَ بنِ الفرج ومحمَّدِ بنِ الموّاز:

قال الباجي بعد تفسيره لمعنى الاستحسان: «وهذ كثيرا ما يستعمله أشهب وأصبغ وابن المواز»[١].

ومن الأقوال المأثورة عن مالك رحمه الله الثَّابتة عنه قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»[٢]؛ قال أصبغُ في بعض مسائل المستخرجة: «...فإني أستحسن ههنا..استحسانا، والقياسُ أن يكونا سواء،...والاستحسان في العلم يكون أغلب من القياس، وقد سمعت ابن القاسم يقول ويروي عن مالك أنه قال: تسعةُ أعشار العلم الاستحسان...»[٣].

ومن مواقع وُرود الاستحسان بالمفهوم الاصطلاحيّ في كلام أئمَّة المذهب:

قولُ ابنِ القاسم في مسألة من مسائل المدوَّنة: «**خفَّفه** –أي مالك- **على وجه الاستثقال منه له في القياس.** ولقد قال لي مالك مرة: لا يعجبني؛ **ثم خفَّفه**، وجلّ قوله في القديم والحديث ممَّا حملناه عنه نحن وإخواننا **على التَّخفيف على وجه الاستحسان؛ ليس على القياس**»[٤]؛ فطردُ القياس يستوجب ثِقَلا وغلوّا نُـــزِّه الشّرع عنهما؛ فخفّف مالكٌ واستثنى المسألة من أصل المنع تعويلاً على أصل الاستدلال المرسل.

وقال ابنُ القاسم في بعض مسائل المدوّنة: «إنَّما **استحسن مالك....وما هو بالقياس ولكنه استحسان..**» [٥].

---

[١] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٦.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٥، ٥/٥٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٦٠، كشف النقاب ١٢٥. والظَّاهر أنَّ إطلاق "تسعة أعشار" لا تُراد حقيقة؛ وإنَّما هي جارية مجرى المبالغة؛ وهذا معهود في كلام العرب؛ من ذلك قول الأصمعيّ لما سئل عن شعر الفرزدق: «تسعةُ أعشار شعره سرقةٌ». الأصمعي، فحولة الشعراء ٣٨. وكقول ابن لنكك:

لا تخدعنْك اللّحى ولا الصُّوَرُ****تسعةُ أعشار مَنْ ترى (...). الثعابي، يتيمة الدهر ٣/٤١٠.

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٥.

[٤] سحنون، المدونة ٣/٣٢٠.

[٥] المصدر السابق ٤/٢٩١.

وقال أشهبُ في مسألة من مسائل الكِتاب: «إنَّما **هو استحسان والقياس** فيه أنَّه مفسوخ.... **فالقياس فيه أنَّه يُفسخ ولكني أستحسن أنه جائز؛ لأنَّ هذا مِمَّا لا يجد النَّاس منه بُدّا...**»[١]؛ أي أن حاجة الناس الماسة لذلك التعامل حدت بأشهب أن يستثني المسألة من القياس المقتضي للفسخ؛ فترى كيف ترك القياس للاستدلال المرسل.

ومن أكثر فُقهاء المذهب المالكيّ المتقدّمين ذكرا للاستحسان الاصطلاحيّ أصبغُ بنُ الفرج؛ فقد أُثِرَت عنه مسائلُ صرَّح فيها بترك القياس والأصول التَّجريديّة والقول بالاستحسان حيثُ حَسُن ذلك؛ تلافِيا لما يعتري تطبيقَ القياس وطردَه من غلوّ ومُجانفة لمنهج الشرع:

قال الشَّاطبي: «وقد بالغ أصبغ في الاستحسان حتَّى قال إنَّ المغرق في القياس يكادُ يُفارِق السّنّة وإنَّ الاستحسان عِمادُ العلم؛ **والأدلَّة المذكورة تعضُد ما قال**»[٢].

وقال أصبغ في بعض مسائل المستخرجة: «**...**فإنِّي **أستحسن** ههنا**...**استحسانا، والقياس أن يكونا سواء،**...والاستحسان في العلم يكون أغلبَ من القياس...**»[٣].

وقال أصبغ في مسألة اختلف فيها ابن القاسم وأشهب: «قول ابن القاسم أحب إلي **استحسانا،** قال: والقياس قول أشهب»[٤].

إلى غير ذلك من الأقوال والنّصوص المبثوتة في كتب المسائل كـــ: "المدوَّنة" و"العتبيَّة" و"النَّوادر والزِّيادات".

وبعدَ هذه النّقول المستفيضة عن مالك وأصحابه لا يبقى للشّك أدنى مخالجة في أنَّ الاستحسان أصلٌ في مذهب مالك وأصحابِه؛ وأنَّ ذلك لا يكون من قِبَل البَداء والتَّشهّي وإنّما هو ترك لدليل لمعارضته بدليل أقوى منه وأثبت.

وإذا ثبت هذا؛ فمن الغريب أنْ نجد إماما مدقِّقا كالقاضي عبدِ الوهّاب يقول عن الاستحسان: «ليس ذلك بمنصوص من مالك؛ إلاَّ أنَّ كتب أصحابنا مملوءة منه، ونصّ عليه ابنُ القاسم وأشهب وغيرُهما»[١].

---

[١] المصدر السابق ٣/٢٥.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٤/٢١٠، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٥.

[٤] المصدر السابق ١٠/٤٦٥.

وأغربُ من هذا أن القرطبيّ أنكر أن يكون الاستحسان أصلا من أصول مالك؛ وقال: «ليس معروفا من مذهبه»[٢].

أمّا قول القاضي عبد الوهاب فهو مردود بما يلي:

أولا: إنَّ النّصوص المتقدِّمة المنقولة عن مالك والتي صرَّح فيها بالاستحسان تَدفَعُ أنْ يكون القول به غير منصوص له؛ ويكفي في ثبوته ما نقله أصبغُ عن ابن القاسِم عن مالك قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم» وأصبغُ إنَّما أورد قول مالك هذا في سياق بيانه لما يؤول إليه طردُ القياس في كل المحالِّ من إغراق وغلوّ، فيستدعي ذلك أنْ يُتلافى هذا الإغراق بترك القياس والأخذ بالاستحسان؛ وهذا هو الاستحسان الاصطلاحي؛ واستدلالُ أصبغَ بكلام مالك المتقدّم ممَّا يدلُ على انطباق مفهوم الاستحسان في كلام مالك على الاستحسان الذي قعَّد له أصبغ، أو على الأقلّ يكون مفهوم الاستحسان عند أصبغَ من مشمولات مفهومِ الاستحسان في مَقالة مالك المتقدِّمة؛ وإلاَّ فالاستدلالُ بهذا القول باطل؛ وهذا ممَّا يبعُد عن مثل أصبغ.

ثانيا: على فرض أنَّ مالكا لم ينصَّ على لفظة الاستحسان بمعناها الاصطلاحيّ؛ فلا يلزم من عدم التَّلفّظ بهذا الاصطلاح أنَّه غيرُ قائل بمضمونه؛ والدَّليل على ذلك أنَّ بعض المسائل التي رواها ابنُ القاسم عن مالك والتي لم يُصرِّح فيها مالك بمُدركه أبان فيها ابنُ القاسم نفسُه أنَّ اعتماد مالك فيها كان على الاستحسان الاصطلاحيّ؛ ومن ذلك: قول ابن القاسم في مسألة: «**خفَّفه** –أي مالك- **على وجه الاستثقال منه له في القياس.** ولقد قال لي مالك مرة: لا يعجبني؛ **ثم خففه**، وجل قوله في القديم والحديث مما حملناه عنه نحن وإخواننا **على التَّخفيف على وجه الاستحسان؛ ليس على القياس**»[٣].

وقال ابن القاسم في بعض مسائل المدونة: «إنَّما **استحسن مالك....وما هو بالقياس ولكنه استحسان..**» [٤].

---

[١] آل تيمية، المسودة في أصول الفقه ٨٣٢/٢، الزركشي، تشنيف المسامع ٤٣٧/٣-٤٣٨.

[٢] الزركشي، البحر المحيط ٩٥/٨.

[٣] سحنون، المدونة ٣٢٠/٣.

[٤] المصدر السابق ٢٩١/٤.

فترى كيف أنَّ ابن القاسم أبدى مُدرك إمامه؛ وهو أخبرُ بذلك لأنَّه المباشر لسؤال الإمام فهو أعرفُ بمقاصده وبأوجه أقواله ومَداركها؛ وهذا بمنـــزلة التَّنصيص على هذا الأصل. وهذا ما يُثبتُ كونَ الاستحسان من أصول مالك الثَّابتة عنه؛ والمعلومة عند أصحابه الذين تتلمذُوا له.

أمَّا ما قاله أبو العبّاس القُرطبيّ فالذي يظهر لي أنَّه كان يرمي إلى إنكار الاستحسان الذي لا مُستند له وهو استحسان ولا شكّ باطلٌ ومنكرٌ ولا قائلَ به من أئمَّة الإسلام؛ وممَّا قد يُشير إلى ذلك أن الزَّركشي نقل هذه العبارة عن القرطبيّ عَقِبَ نسبة الاستحسان من إمام الحرمين إلى مالك؛ قال الزَّركشيّ: «ونسبه إمام الحرمين إلى مالك؛ وأنكرَه القرطبيّ، وقال: ليس معروفا من مذهبه»؛ فلعلّ إنكار القرطبيّ إنَّما كان على أساس أنَّ الاستحسان عند إمام الحرمين هو ترك الدَّليل من غير حجة؛ ومالكٌ لا يقول بهذا النَّوع من الاستحسان ولا أحدٌ من أصحابه، بل ولا يُعرَفُ عن أحد من الأئمَّة المقتَدى بهم.

تأويل ما روي عن أئمة المالكية في الاعتماد على الاستحسان:

قد وقع لأبي عبد الله المقَّريِّ من المالكيَّة تأويلٌ للنَّصّ المأثور عن مالك: «الاستحسان تسعة أعشار العلم» بحيث خَرَجَ عن أن يكون دالاًّ على حجيَّة أصل الاستحسان؛ قال المقّريّ: «...**والاستحسان آفة النصوص والأصول**؛ ولله درّ محمَّد[١] إذ يقول من استحسن فقد شرَع.

وأمَّا من قال: **الاستحسان تسعة أشعار العلم**، وقول أصبغَ: **الاستحسان عماد الدين، وقلّ ما يكون الغريق[٢] في القياس إلا مخالفا للسنة-**: فإنْ لم يكن معناه أنّ ذلك في الوقائع التي تعرض للقُضاة والمُفتين فيعتبرونها بقرائنها وعلى حسَب أحوال أصحابها من غير أن يُجعل الحكم أو الفتيا عامّا في فرض تلك النّازلة مع إهمال قرائنها-: فلا وجهَ له، كما أنَّ هذا قد لا يجد عنه الحاكم ولا المفتي مندوحة، وإنْ جرى ظاهر حكمه على خلاف النّصّ أو القاعدة، فإنْ تناوله قول الشّافعيّ لم يصحّ إطلاقه أيضا، ولذلك قيل: الاستحسان شيء ينقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه؛ فافهم»[٣].

---

[١] من اصطلاح المقّريّ في كتاب القواعد أنّه إذا أطلق نسبة القول لـــ: "محمَّد" فإنَّما يعني محمَّد بنَ إدريسَ الشّافعيّ، لا ابنَ الحسنِ الشَّيْبانيَّ.

[٢] كذا في كتاب القواعد، وقد تقدّم عند الشّاطبيّ: "المُغرِق".

[٣] القواعد، المقري رقم ١٠٨٣.

وما أبداه المقّريّ من تأويل لكلام أصبغَ ومالك مردودٌ بالسِّياق الذي أَورَد فيه أصبغُ قولَ مالك؛ وقد فسَّر ابنُ رشد الجدّ نصَّ مالك وأصبغَ على الاستحسان الاصطلاحيّ[1] لا على ما تأوَّله أبو عبد الله المقّريّ؛ كما أنَّ تمالُؤ جمهورِ المالكيَّة وغيرِهم من أهل المذاهب الأخرى على إيراد هذه المقالة الثّابتة عن مالك في أصل الاستحسان وأنَّ مالكا قائلٌ به كأصل شرعيّ؛ كلّ ذلك يؤكّد أنَّ الاستحسان الذي قصَدَه هو الاستحسان الاصطلاحيّ أو على أقلّ تقدير يكون الاستحسانُ الاصطلاحيّ من مشمولاتِ الاستحسان الذي أورده إمامُ دار الهجرة في ذلك القِيل؛ على أنَّ المعنى الذي تأوَّله المقّريّ ممّا يقول به المالكيَّة[2].

اختيار الباجي والمقري من المالكية عدم الأخذ بالاستحسان:

ومع هذا الذي تقدَّم فإنَّا نجد بعضَ المالكيَّة اختاروا القولَ بردّ الاستحسان وعدم الأخذ به ونفَوا أنْ يكون أصلا تشريعيّا؛ وردُّ مَن رَدَّ ذلك لا على أنَّه مذهبُ المالكيَّة وإنَّما كان ذلك اختيارا لهم في المسألة. ومن الذين عُلمَ منهم إنكارُ الاستحسان وردّه القاضي أبو الوليد الباجيّ[3] وأبو عبد الله المقّريّ؛ وعزاه القَرافي إلى العراقيين من المالكيَّة[4]؛ كما نسبه الباجيّ إلى بعض الأصحاب؛ مُبهِما عنهم.

قال الباجي في "المنتقى" في سياق مسألة بحثها: «وهذا سائغٌ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان؛ فأمّا القياس والنّظر فالمنعُ من ذلك؛ ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كلّه؛ وهو الصّواب عندي»[5].

وقد بلغ الباجيّ أنْ يقول بعد أن فسَّر الاستحسان بتفسيره المرضيّ في المذهب-: «وإذا قلنا إنه ترك مقتضى القِياس؛ فحدّه بما تقدّم من أنه اختيار القول من غير دليل ولا تقليد»[6] فجعل الاستحسان اختيارا من غير استناد إلى دليل ولا تقليد؛ وقد سبق ما في كلام الباجيّ من خلل.

---

[1] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٦.

[2] انظر مثلا: الونشريسي، المعيار المعرب ١٠/٧٩-٨٠.

[3] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٧.

[4] القرافي، شرح تنقيح الفصول (مع الحاشية لابن عاشور) ٢/٢٣٠.

[5] الباجي، المنتقى ٥/٨٨-٨٩.

[6] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

وقال المقّريّ منكرا الاستحسان: «...على أن شأن الاستحسان أن لا يقِف بصاحبه على ساق»[1]، وقال: «...والاستحسانُ آفة النّصوص والأصول؛ ولله در محمَّد إذْ يقول: من استحسن فقد شَرَع...»[2].

وما اختاره الباجي وبعده المقَّريُّ إنَّما هو اخيارٌ منهما، ولم ينسُباه إلى المذهب.

المطلب الثاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعه في المذهب المالكي

ممَّن عُنِيَ بتتبّع أنواع الاستحسان الواقع في المذهب المالكيِّ: القاضي ابنُ العربي من المتقدِّمين، وابنُ عاشور من المتأخّرين؛ فقد تتبَّعا مواقِعَ الاستحسان في كلام فقهاء المالكيَّة وخرَجوا بأنواعه عندهم؛ وبين تقسيم ابنِ العربيّ وتقسيم ابنِ عاشور بعضُ التَّداخل؛ وكان الأساس الذي قام عليه كلٌّ من التَّقسيمين هو لحظُ الدَّليل الذي كان به الاستحسان، والمعنى الذي كان العُدول لأجله:

وهذا أوان سوق كلّ من التَّقسيمين:

التَّقسيم الأول: تقسيم القاضي أبي بكر بنِ العربيّ المَعافريّ:

قال ابن العربي: «واختلف أصحابُ أبي حنيفة في تأويله على أربعة أقوال.

وأمَّا أصحابُ مالك فلم يكُن فيهم قويّ الفكر ولا شديد العارضة يبده إلى الوجود؛ وقد تتبَّعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا مُنقسما أقساما:

فمنه: **(ترك الدليل للمصلحة)**، ومنه: **(ترك الدَّليل للعرف)**، ومنه: **(ترك الدَّليل لإجماع أهل المدينة)**[3]، ومنه **(ترك الدَّليل لليسير لرفع المشقة وإيثار التَّوسعة على الخلق)**»[1].

---

[1] المقري، القواعد رقم ٢٧، وانظر كذلك: القواعد رقم ٤١٩، رقم ٩٦٦.

[2] المصدر السابق رقم ١٠٨٣.

[3] كذا في المحصول لابن العربي، وكذلك نقله الزَّركشيّ في البحر المحيط، وعند ابنِ ناجي في شرح الرسالة: «ترك الدليل لإجماع الصحابة»؛ وعند الشَّاطبيَّ في "الموفقات" و"الاعتصام": «تركه للإجماع». والصواب ما جاء في كتاب المحصول وما نقله عنه الزركشي؛ لورودها كذلك في المحصول وهو المصدر الأصلي، ولأن المثال الذي ضربه ابن العربي على ذلك مما وقع فيه الخلاف فلا محلَّ حينها للإجماع؛ لذلك استشكل الشاطبي التمثيل بذلك المثال فقال: «**وهذا الإجماع مما ينظر فيه**، فإن المسألة ذات قولين في المذهب وغيره، ولكنّ الأشهر في المذهب المالكي ما تقدّم؛ حسبما نصّ عليه القاضي عبد الوهاب». الاعتصام ٧٠/٣.

التَّقسيم الثاني: تقسيم الشّيخ محمَّد الطَّاهر ابن عاشور:

قال ابن عاشور: «والذي استخلصتُه من مواضعَ من كتب فقهِنا المالكيّ أنَّ الاستحسان قد أطلقه فقهاؤنا على معنى ترجيح أحدِ الدَّليلين على الآخر بمرجِّح مُعتبر، ليس في الشَّرع ما يُخالفُه، وقد استقرأتُ لهم من هذا معاني خمسة؛ وهي:

(الأخذ بالعرف) أو (الاحتياط) أو (ما استقرّ عليه عمل أهل العلم كالصّحابة والتّابعين)، أو (ترجيحُ أحد الأثرين على الآخر)، أو (عدولٌ عن قياس وإن كان جليا إلى آخر وإن كان أخفى منه؛ لأنَّ المعدول إليه أوْلى بالاعتبار لمعضدات)»[٢].

والنَّظرُ الأوَّليّ يُبرزُ لنا أنَّ القسم الوحيد الذي يلتقي فيه التَّقسيمان هو الأخذُ بالعرف مقابل الدَّليل؛ وعليه فإنَّ البحث سيتناول هذه الأقسام بالدِّراسة مع ذكر الأمثلة والاعتراضاتِ عليها، والكشف عن التَّداخل الذي ربّما يعتَري بعضَ هذه الأقسام مع بعضِها:

أوَّلا: ترك الدليل للعرف:

مثَّل ابن العربي والشاطبي لترك الدليل للعرف بردِّ الأيمان للعرف؛ «مع أنَّ اللّغة تقتضي في ألفاظها غيرَ ما يقتضيه العُرف. كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتا، فهو يحنث بدخول كلّ موضع يسمى بيتا في اللُّغة، والمسجدُ يسمَّى بيتا فيحنث على ذلك، إلاَّ أنَّ عُرف النَّاس على أنْ لا يُطلِقوا هذا اللَّفظ عليه، فخرَج بالعُرف عن مقتضى اللَّفظ فيحنث»[٣].

فمقتضى ما ذكره ابن العربي والشَّاطبي أنَّ العرف اللَّفظيّ ممَّا يُخصّصُ عمومَ ألفاظ المكلّفين؛ فيقدَّم العرفُ القوليُّ على الاقتضاء الأصليّ للَّفظ في اللُّغة؛ وهذا التَّقديم هو من وُجوه

---

[١] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، الشاطبي، الموافقات ٢٠٨/٤، الاعتصام ، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨. قال ابن ناجي: «وسمعت شيخنا أبا مهدي عيسى رحمه الله تعالى ينقل عن أبي بكر بن العربي أنه قال في كتابه المسمى بالمحصول في أصول الفقه...» شرح الرسالة ١٩٣/٢. (وفي فتاوى البرزلي أشار بأن تعريف ابن العربي هذا للاستحسان قاله في كتابه نكت المحصول وهو اختصار للمحصول. وهذا ما يتناسب مع حجم الكتاب. البرزلي ١٠٩/١).

[٢] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢٣٠/٢.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٦٨/٣، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

الاستحسان. وعلى هذا يُحمَل كلامُ أشهبَ في مسألة الوصية حيثُ خصَّص اللَّفظ بعرف الاستعمال؛ ومرجعُ المسألة هذه هو القولُ بالعُرف واعتباره.

أمَّا ابنُ عاشور فإنَّه لَمَّا أتى إلى التَّمثيل لهذا القسم فإنَّه مثَّل بما يُفيد أنَّه قَصَدَ بالعرف خلافَ ما قصده ابنُ العربيّ والشّاطبيّ؛ قال ابن عاشور: «**(الأخذ بالعرف)**: استحسان **الشفعة في الثمار** مع ضعف ضرر الشَّركة فيها؛ رعياً لعُرف النَّاس في اجتنائها بُطونا وعدم رغبتهم في شراء ما يتجمَّع منها كلَّ يوم»[١].

وهذا العُرفُ الذي يستند إليه في تجويز الشّفعة في الثِّمار هو من قَبيل العرف التَّشريعيّ؛ ومستندُ هذا العرف في الحقيقة هي المصلحةُ المنظور إليها، لا مجرَّد العرف؛ إذْ جريانُ عرف النَّاس في الغالب إنَّما يكون على وَفق مصلحتهم التي يتواطؤون عليها، والخروجُ عن ذلك إلى خلافه ممَّا يوقع النَّاس في الحرج والمشقَّة؛ لذلك كان العرفُ ممَّا يُعتمَدُ عليه في الاستثناء من الدَّليل العام الذي يُفيد بأنْ لا شُفعة في الثّمار؛ لأنَّها من المنقولات التي لا ضَررَ في الشَّركة فيها.

قال ابنُ العربيّ: «اتّفق عُلماء الأمصار على أنَّ الشّفعة إنَّما تكون في العقار دون المنقول...وانفرد مالك عن جمهور العلماء بفرعين:

أحدهما: أنه **قال الشفعةُ في الثمار**، وهي من المنقولات. وقال سائر العلماء **كل منقول لا شفعة فيه كالعروض وهذا قياس جلي**، وعوَّل مالك على ركنين:...الركن الثاني: وهو أن النبي ﷺ **أرخص في بيع العرايا**[٢] **واستثناها من الرّبا لضَرَر المداخلة**، وكذلك ضرر المداخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشّفعة...»[٣].

وعلى هذا؛ فإنَّ حقيقة الاستثناء من الدَّليل العامّ بالعرف التّشريعيّ هو المصلحة التي يَشهد لها بالاعتبار أصولٌ شرعيّة؛ ومرجع هذه الأصول إلى الأدلّة المعتبرة؛ ومنه فإنّ العرف ما هو إلا كاشفٌ عن عموم الحاجة إلى تلك المصلحة ومدى قوَّتها.

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[٢] رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية، رقم: ١٢٨٥، ورواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمرة على رؤوس النخل بالذهب والفضة، رقم: ٢٠٩٧.

[٣] ابن العربي، القبس ٢/٨٥٥-٨٥٦. وانظر مسألة الشفعة في الثمار: الباجي، المتقى ٦/٢٠١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٦/١٦٨، الدردير، الشرح الكبير ٣/٤٨٠.

فالاستدلال المرسل الذي يُعتمد عليه في الاستثناء من الدّليل العام ممّا يشمل العرفَ التَّشريعيّ؛ لكون مرجع الاعتبار فيه إلى المصلحة المرسلة. وعليه؛ فإنَّ إفراد هذا القسم مما فيه نظرٌ؛ لأنَّه داخل في جملة الاستحسان الذي سندُه الاستدلال المرسل؛ إلاَّ إذا كان إيراده على سبيل الإيضاح لطُرق الكشف عن المصلحة الحاجيّة والوُقوف عليها، فيكون هذا القسم مذكورا بالتّبع للبيان.

أما العرفُ التّفسيري الذي يُخصّص اللّفظ العام فلا أرى له وجها في حَشره في أقسام الاستحسان؛ فإنَّ الاستحسان الذي عرّفه به كلّ من ابن العربيّ والشَّاطبيّ لا ينطبق على هذا النّوع من العرف؛ لأنَّهما جعلا من حقيقة العُرف أن يُترك العرف في بعض مُقتضياته لدليل أرجحَ منه؛ بينما نجد في هذا القسم ما ينقُض حقيقةَ الاستحسان؛ فالعرفُ اللَّفظيُّ الذي يكون أوسعَ مدلولا من اللَّفظ في أصل الوضع العربيّ يُؤخذ به ويُقدَّم على أصل الوضع، وهذا ليس فيه تخصيص ولا استثناء؛ بل إنَّ فيه أخذا بما هو أعمّ من الاقتضاء الأصليّ للّفظ في أصل الوضع العربيّ؛ وهذا ما يُخالف تعريف الاستحسان عند المالكيّة. كما أنَّ العرف اللّفظيَّ الذي يُخالف المعنى الوضعيِّ للَّفظ في أصل اللّغة مُخالفة مُطلقة مقدَّمٌ في الاعتبار على مدلول اللَّفظ في أصل وضعه؛ لأنَّ العبرة بما قَصدَه المتكلِّم، ومن أهمّ مسالك تحديد قصدِ المتكلّم العُرفُ؛ إذْ الغالب على المتكلّم أنَّه يتكلّم على وَفق العُرف المعهود؛ وعليه تُحمل ألفاظُه إلاَّ أن يُصرِّح بخلافه؛ وهذا ما يَتناقضُ مع حقيقة الاستحسان لأنَّ فيه تركاً للاقتضاء الأصليّ بالكليَّة، وليس فيه تخصيصٌ ولا استثناء.

ثانيا: ترك الدَّليل للمصلحة:

مثال ترك الدليل للمصلحة في مذهب مالك: مسألة تضمين **الأجير المشترك**[١]، وكمسألة تضمين **صاحب الحمام الثياب،** وتضمين **صاحب السفينة،** وتضمين **السماسرة المشتركين،** وكذلك **حمال الطعام**[٢].

فإنّ الأجراء مؤتمنون بالدّليل الشّرعيّ لا بالبراءة الأصليّة، وعارَضَ هذا الدَّليلَ المصلحةُ العامَّة المنظور إليها؛ إذْ لو لم يُضمَّنوا لكان ذلك تطريقا للأجير المشترك أو لصاحب الحمام أو

---

[١] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، الشاطبي، الاعتصام ٦٨/٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٦٨/٣-٦٩.

السفينة أو حامل الطّعام أو السّمسار المشترك-: على التّعدّي على أموال النّاس، وعدم التّحرّز فيها؛ فاستثنيت هذه المسائل من الدّليل الشّرعيّ العامّ المقتضي عدم التّضمين لأنّهم مؤتمنون؛ رعياً للمصلحة المرسلة العامَّة التي تستوجب حِياطةَ أموال النَّاس، والنظر لهم وتقديم مصلحتهم على المصلحة الخاصة للصّنّاع ومَنْ إليهم.

ثالثا: ترك الدَّليل لإجماع أهل المدينة:

ومثال **ترك الدليل لإجماع أهل المدينة** إيجاب عموم القيمة على من قَطَعَ ذنب بغلة القاضي؛ فيغرم قيمة الدَّابة لا قيمة النَّقص الحاصل فيها، ووجهُ ذلك أنَّ بغلة القاضي لا يُحتاج إليها إلاّ للرُّكوب، وقد امتنع ركوبه لها بسبب فُحش ذلك العيب، حتى صارَت النّسبةُ إلى ركوب مثله كالعدم[١].

ومعلوم من مذهب مالك أنَّ عمل أهل المدينة عنده مقدَّم على الدَّليل الظَّنيِّ من خبر الآحاد أو القياس؛ سواء كان الدَّليل المعارض لعمل أهل المدينة دليلا عامّا يشمل بعمومه ما جَرى عليه أهلُ المدينة، أو كان الدّليل خاصّا؛ وعليه فإنَّ دُخول الخاصّ في مُقابل الدّليل الذي يكون به الاستحسان -وهو هنا عمل أهل المدينة- يُخرجُ المسألة عن أن تكون من الاستحسان؛ إذْ تقدَّم أنَّ الاستحسان هو إيثارُ ترك الدَّليل في بعض مقتضياته؛ لا أنْ يُتركَ الدَّليل بتَّة؛ ومعارضةُ الدّليل الخاصّ لعمل أهل المدينة يستوجب طرحَ الدَّليل الخاصّ كليّة؛ وليس فيه استثناء ولا تخصيص.

نعم؛ قد يجري عملُ أهل المدينة بشيء ويكون دليلٌ يُعارضه معارضةً جزئية؛ كاللَّفظ العام أو القياس؛ فيقدم العملُ على الدَّليل الظّنيّ، ويُعدّ ذلك من قبيل التَّخصيص أو الاستثناء؛ لكن ممَّا يُلحظ في هذا المقام أنَّ ما كان من العمل المدني آخذا هذا السبيل فإنَّ المصلحة المرسلة تشهَدُ له بالاعتبار؛ ومن أمثلة ذلك المسألة المعروفة ببيعة أهل المدبنة[٢]، وحاصلُها أنَّ أهل المدينة أجازوا أنْ يشتري الرَّجل لبنا أو رطبا أو لحما أو خبزا ممَّن يُديم العمل في ذلك بسِعر معلوم

---

[١] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣١، ، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، الشاطبي، الاعتصام ٧٠/٣. وهذا التَّمثيل لا يروق؛ قال القاضي عبدُ الوهّاب في كتاب "الإشراف": «وتفرضُها سفهاؤهم ومجّانهم في ذنب حمار القاضي، وذنب حمار الشّرطيّ؛ قصدا للهزل والتّهاتر بالدّين» الإشراف ٦٢٨/٢، وسيأتي تمثيل أجودُ من هذا التّمثيل.

[٢] الحطاب، مواهب الجليل ٥٣٨/٤، عليش، منح الجليل ٣٨٤/٥.

ويأخذ كلّ يوم قدرا مُحدَّدا على أنْ يكون الثَّمن مؤجّلا إلى أجل معلوم أو في حكم المعلوم؛ وهذا من باب الاستثناء من أصل منع الدَّيْن بالدَّيْن لحاجة النَّاس ومصلحتهم.

قال ابن القاسم : «قال مالك: وقد كان الناس يبتاعون اللَّحم بسعر معلوم؛ فيأخذ كلّ يوم وزنا معلوما والثّمن إلى العطاء فلم ير النَّاس بذلك بأسا، واللَّحم وكلّ ما يباع في الأسواق ممَّا يتبايع النَّاس به فهو كذلك لا يكون إلاَّ بأمر معروف ويبيّن ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا كان ذلك العطاء معلوما مأمونا إذا كان يشرع في أخذ ما اشترى. ولم يره مالك من الدّين بالدين»[١].

وفي العتبية: «عن مالك عن عبد الرحمن المجمر عن سالم بنِ عبد الله قال: كنَّا نبتاع اللَّحم من الجزّارين بسعر معلوم نأخذ منه كلّ يوم رطلا أو رطلين أو ثلاثة ويشترط عليهم أنْ يدفعوا الثَّمن من العطاء، قال: **وأنا أرى ذلك حسنا**، قال مالك: ولا أرى به بأسا إذا كان العطاء مأمونا وكان الثمن إلى أجل؛ فلا أرى به بأسا»[٢].

قال ابنُ رُشدٍ: «قوله: "كنَّا..."إلخ يدُلّ على أنَّه معلوم عندهم مشهورٌ؛ ولاشتهار ذلك من فعلهم سمي **بيعة أهل المدينة** ، وهذا أجازه مالك وأصحابه **اتّباعا لما جرى عليه العمل بالمدينة...**.قوله في هذه الرواية: **"وأنا أراه حسنا"** معناه: وأنا أجيز ذلك **استحسانا اتباعا لعمل أهل المدينة وإن كان القياس يُخالفه**»[٣].

ووجهُ المصلحة في بيعة أهل المدينة بيَّنها القاضي ابنُ العربي بقوله في "القبس":

«وأمَّا السَّلم في اللَّبن والرُّطب والشّروع في أخذه؛ فهي **مسألة مدنية اجتمع عليها أهلُ المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة**؛ لأنَّ المرء يحتاج إلى أخذ اللَّبن والرّطب مُياوَمَة؛ ويشقّ أنْ يأخذ كلَّ يوم ابتداء؛ لأنَّ النَّقد قد لا يحضُره، وأن السّعر قد يختلف عليه، وصاحب النّخل واللّبن يحتاجُ إلى النّقد؛ لأنَّ الذي عنده عروض لا يتصرّف له **فلما اشتركا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة؛ قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح**»[٤].

---

[١] سحنون، المدونة ٣/٣١٤-٣١٥.

[٢] الحطاب، مواهب الجليل ٤/٥٣٨، عليش، منح الجليل ٥/٣٨٤-٣٨٥.

[٣] الحطاب، مواهب الجليل ٤/٥٣٨، عليش، منح الجليل ٥/٣٨٥.

[٤] ابن العربي، القبس ٢/٨٣٢.

رابعا: تركُ الدَّليل لليسير لرفع المشقّة وإيثار التّوسعة:

ومن الأقسام التي أورَدَها ابن العربيّ في تقسيمه للاستحسان عند المالكيّة تركُ الدَّليل في بعض مُقتضياته لليسير من أجل رفع المشقَّة وإيثارا للتَّوسعة على الخلق؛ فمناطُ الاستثناء والعدول لم يكن اليسير في نفسه، وإنَّما هو رفعُ الحرج وإيثار التَّوسعة؛ إذْ طردُ الدَّليل المقتضي للمنع على ما كان يسيرا ممَّا يُوقع النَّاس في الحرج والمشقَّة؛ وهما مرفوعان في الشّرع؛ وعليه فإنَّ سبب التَّوسعة ورفع الحرج هو اليسيرُ.

ورفعُ الحرج والتَّوسعة على النَّاس ممَّا يقوم بهما أصلُ الاستدلال المرسل. فآل أمرُ هذا القسم إلى الاستحسان الذي مردُّ مستنده الاستدلالُ المرسل، وإيرادُ هذا القسم في أقسام الاستحسان لا بُدَّ أن لا يكون على أساس أنَّه قسيم للاستحسان المعتمد على الاستدلال المرسل، وإنَّما ينبغي أن يورَد على أنَّه نوع من أنواع هذا الاستحسان.

قال ابن رشد في شرحه بعض مسائل "المستخرجة": «..وما كان قال مالك من **إجازته في اليسير؛ إنما هو استحسان؛ لأنَّه عدل عن اتّباع مقتضى القياس وطرد العلّة في القليل والكثير..**»[١].

وقال الشّاطبي معددا أمثلة عن الاستحسان: «تركُ مُقتضى الدَّليل لليسير لتفاهته ونـــزارته؛ لرفع المشقَّة وإيثار التّوسعة على الخلق»[٢].

ومن أمثلة هذا النوع في مذهب مالك:

إجازة التّفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة[٣]، وإجازةُ البيع والصّرف إذا كان أحدُهما تبَعا للآخر[٤].

وأجاز المالكيّة بدل الدرهم الناقص بالوازن لنـــزارة ما بينهما[٥].

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٣٧/٧.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ١٤٢/٢.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٧١/٣، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٣/ ٧١، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، ابن ناجي، شرح الرسالة ١٩٣/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٣.

[٥] الشاطبي، الاعتصام ٧١/٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٤.

والأصل المنعُ في الجميع؛ لأنَّ ذلك مشمولٌ بعموم النَّهي عن ربا الفضل الثَّابت في حديث أنَّ النبي ﷺ نهى بيع الفضّة بالفضّة والذّهب بالذّهب، مثلا بمثل، سواء بسواء، وأنَّ من زاد ازداد فقد أربى[١]، فالاقتضاء الأصليّ للدّليل هو المنع؛ لكنْ عَرَضَ لهذا الدَّليل في حال تنـــزيله في المسائل السّابقة منَ الحرج والمشقّة ما أوجب الاستثناء من أصل المنع؛ لأنّ المشاحّة في اليسير قد يُؤدي إلى النـــزاع، وعلى أنَّ الناس تتسامح في هذا القدر.

قال الشّاطبيّ مُبيّنا وجهَ الجواز في المسائل السابقة: «ووجه ذلك: أنّ التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحّة في اليسير قد تؤدّي إلى الحرج والمشقة؛ وهما مرفوعان عن المكلف»[٢].

ومن أبرز ما يجري على هذا النّوع من الاستحسان تجويزُ الغَرر اليسير في البيوع[٣]، والقاعدةُ أنَّ الغرر في المعاملات ممنوع؛ لكنَّهم استثنوا من هذا الأصل ما كان من الغَرر يسيرا لمصلحة الخلق في رفع الحَرج عنهم والتيسير عليهم؛ وإلا لانحسَرت أبوابُ المعاملات وضاقت وصارَ النّاس إلى العنت؛ وكلُّ ذلك ممّا جاءت الشّريعة برفعه.

قال الشاطبي: «نفيُ جميع الغرر في العقود لايُقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات، وهو تحسيم أبواب المعاوضات. ونفي الغرر إنَّما يطلب تكميلا ورفعا لما عسى أن يقع من نـــزاع، فهو من الأمور التَّكميلية، والتَّكميلات إذا أفضى اعتبارها إلى إبطال المكمّلات سقطت جملة،؛ تحصيلا للمهمّ حسبما تبيّن في الأصول، فوجب أن يُسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفكّ عنها؛ إذ يشقّ طلب الانفكاك عنها، فسومِح المكلّف بيسير الغرر؛ لضيق الاحتراز مع تفاهة ما يحصل من الغرض...»[٤].

وفروعُ مالك وأصحابه حافلةٌ بتطبيقات هذا الأصل، فكثيرا ما نجد الإمام يخفّف في بعض المسائل التي يسُرَ فيها الغرر ويستثنيها من أصل المنع[٥]؛ لما في عدم التّجويز من العنت والحرج؛ قال الشّاطبي بعد ذلك: «قال العلماء: ولقد بالغ مالك في هذا الباب وأمعن فيه»[١].

---

[١] رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم: ١٥٨٧.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٧١/٣، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٣.

[٣] المواق، التاج والإكليل ٢٣٠/٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ٧٥/٥، الدردير، الشرح الكبير ٦٠/٣.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٧٣/٢-٧٤.

[٥] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٧٩/١.

قال ابن أبي زيد القيروانيّ في كتاب "الذب": «والغرر اليسير في الأصول معفو عنه»[٢]، وقال رحمه الله: «وقد جُوّزَ في البيوع يسيرُ الغرر»[٣].

وقال ابن العربيّ: «...لا يتّفق ضمان العواقب على القطع في مسائل الفقه، ولا بدّ من احتمال الغرَر اليسير؛ وذلك كثير في مسائل الفروع»[٤].

وقال المقّريّ في القواعد: «والأصل أنَّ ما لا تخلو البياعات في الغالب عنه أو لا يتوصّل إليه إلا بإفساد أو مشقّة؛ مغتفرٌ، وما سِوى ذلك ممنوع»[٥].

ومن أمثلة العفو في الغرر اليسير في مذهب مالك: جوازُ أن يُستأجر الأجيرُ بطعامه، وإنْ كان لا يَنْضَبِطُ مقدارُ أكله؛ فالأصل المنع لأنَّ الإجارة على أجرة مجهولة ممّا لا يجوز طرداً لقاعدة الإجارة، لكنْ استثنيت هذه المسألة من أصل المنع ليسارة أمره، وخفّة خَطبه، وعدم المشاحّة بين النّاس في ذلك[٦].

وأجاز مالك تطرّق يسير الغَرَر إلى الأجل؛ فقال: يجوز للإنسان أنْ يشتري سلعةً إلى الحصاد أو الجذاذ؛ والأصلُ المنع لما في ذلك من جهالة الأجل؛ إذْ اليوم بعينه لا ينضبط، لكن أجاز مالكٌ ذلك لأنَّ العُرفَ يقضي بأن النَّاس يتسامحون في الأجل المتقارب، كما هو الشَّأن في التَّأجيل بوقت الحصاد والجذاذ، ولهم إلى التأجيل إلى تلك الآجال حاجةٌ[٧].

وأجاز مالك التَّفاضُل في المبادلة اليسيرة، والأصل المنع؛ لأنّ الفضلَ ممنوع في الصّرف لعموم النّهي؛ لكن استثني اليسيرُ لعدم تعلُّق الأغراض باليسير، ومسامحة النّاس به، وهذا ما يشهد له قاعدة المعروف؛ قال ابن العربي: «...فإذا أثبت هذا فبعت الدنانير مراطلة اعتبر الوزن و لم يعتبر العدد وإن بيعت معادة اعتبر العدد والوزن معا، و لم يجز في ذلك تفاضل؛ إلاَّ أنَّ مالكا

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ٢/٧٥.

[٢] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٨/أ.

[٣] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٨/أ.

[٤] ابن العربي، القبس ٢/٨٢٤-٨٢٥.

[٥] القواعد، المقري رقم ٩٢٤.

[٦] الشاطبي، الاعتصام ٣/٧٥، سحنون، المدونة ٣/٤٧٨.

[٧] الشاطبي، الاعتصام ٣/٧٥، سحنون، المدونة ٣/١٩٦.

جوَّزه في اليسير كثلاثة دنانير يبادل فيها الرجل صاحبه كاملا بناقص، فإنَّ مالكا سامَحَ فيها؛ بخلاف سائر الفقهاء مُستمدّاً من قاعدة المعروف»[1].

وعليه؛ فإنَّ إجراء الأدلَّة والقواعد الكليَّة على الجزئيات من غير لحظ للقرائن والعوارِض المحتفَّة بها ومآل التَّطبيق-: ممَّا يوقِعُ في خلاف ما قصد الشّرع له، ومن هنا جاء أصل الاستحسان ليَتلافى ما قد يعتري تطبيقَ الأدلَّة التّجريديّة من عامّ أو قياس أو قاعدة من مجانفة للعدل والمصلحة؛ ولله درُّ أصبغَ حيث يقول: «إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة»[2]، ويقصد بمفارقة السّنّة مفارقة طريقة الشّرع في التّشريع ومنهاجَه فيه؛ إذْ الأدلَّة لم يكُن ليتفصّى عنها خلافُ ما قصدت إليه.

وختم الشَّاطبيّ هذا النَّوع من الاستحسان بقوله: «فتأمّلوا كيف وجه الاستثناء من الأصول الثّابتة للحرج والمشقّة؟؛ وأين هذا من زعم الزاعم أنّه استحسانُ العقل بحسب العوائد فقط؟-: يتبيّن لك بونُ ما بين المنـــزلتين»[3].

خامسا: ترك الدليل للاحتياط:

قال ابن عاشور ممثّلا لهذا القسم: «جعل الشّاهد الواحد مع القسامة موجِبا للقصاص، مع أنّه عدول عن بابه؛ لأنّ القصاص ليس من الأموال؛ لكنّ ذلك لدليل وهو الاحتياط في حفظ الدّماء»[4].

ومُرادُ ابنِ عاشور من هذا المثال أنّ مالكا رأى ثبوت القصاص بشهادة الشّاهد الواحد مع أيمان القسامة[5]؛ ومُدرك هذه المسألة هو النَّظر إلى الحفاظ على قصد الشّارع في حياطة النفوس وحفظها؛ وهذا مُراده من الاحتياط؛ ومعلومٌ أن مرجعِ ذلك إلى معنى الاستدلال المرسل.

سادسا: ما استقر عليه عمل أهل العلم كالصحابة والتابعين:

---

[1] ابن العربي، القبس ٢/٨٢٥.

[2] الشاطبي، الموافقات ٤/٢١٠، حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

[3] الشاطبي، الاعتصام ٢/١٤٤-١٤٥.

[4] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[5] المواق، التج والإكليل ٨/٣٥٧-٣٥٨.

قال ابنُ عاشور في التَّمثيل لما استقرّ عليه عمل أهل العلم كالصّحابة والتّابعين-: «قول مالك رحمه الله: **أستحسن** في جنين الحرَّة غُرَّة[1] تُقوَّمُ بخمسين دينارا أوستمائة درهم، وتكون من البيض لا من السُّود»[2].

ولقد بحثتُ عن هذا النّص الذي نسبه ابن عاشور لمالك فلم أوفّق للوُقوف عليه؛ لكن الذي يظهر لي أنَّ هذا النَّصّ ممّا أخذه ابنُ عاشور من كتاب "كشف النِّقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب"؛ حيثُ قال ابن فرحون في تفسيره لمصطلح "الأحسن" عند ابن الحاجب: «فالأحسن: ذكرها –أي ابن الحاجب- في غرّة الجنين، في قوله: "والغرّة عبد أو أمة من الحمر على الأحسن" أي: من البيض على الأحسن، والأوْلى في النّظر، وليس مُراده على القول الأحسن، بل على ما استحسنه مالك رحمه الله. قاله ابن عبد السلام»[3].

ومتعلّق الاستحسان هو في كون الغرّة من العبد أو الأمة من البيض؛ ومعنى الاستحسان هو الاستحبابُ لا على ما فسّره ابنُ عاشور؛ قال الدردير: «ويستحبّ فيها أنْ تكون من البيض إلاّ أن يقلوا فمن وسط السودان»[4].

وممّا يدلّ على ذلك؛ أنَّ ابن فرحون قال عقِبَ النَّصّ السَّابق مُباشرة: «ومن ذلك قوله- أي ابن الحاجب- في الصّلاة: "وتقديم يديه قبل ركبتيه أحسنُ"، وقوله في التّماثيل: "بخلاف الثّياب والبسط التي تمتهن، وتركه أحسن"، وقوله: "فإن أذنوا فحسن"...وكلّها بمعنى واحد»[5]. ثمّ قال بإثرها مُبيّنا معنى اصطلاح "الأوْلى": «وكذلك "الأَوْلى" هي بمعنى الأحسن، ...كقوله في الصلاة: "الأوْلى وضع يديه على ما يضع عليه جبهته"...»[6].

وكلُّ هذا نصّ يدلُّ على أنّ مراده من "الأحسن" معنى الاستحباب؛ لأنَّ كلَّ المسائل التي اجتلبها من الأمور المستحبة في المذهب.

---

[1] والغرَّةُ هي: عبدٌ أو وليدةٌ. الباجي، المنتقى ، ٨٠/٧، الدردير، الشرح الكبير ٢٦٨/٤.

[2] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢٣٠/٢.

[3] ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/١٢٢.

[4] الدردير، الشرح الصغير ٣١١/٢-٣١٢.

[5] ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/١٢٢.

[6] المصدر السابق ص/١٢٢-١٢٣.

فيكون هذا النَّوعُ من الأنواع التي لا صِلةَ لها بمفهوم الاستحسان الاصطلاحيّ؛ وإنَّما هو إطلاق للفظ الاستحسان على معناها اللّغويّ.

سابعا: ترجيحُ أحد الأثرين على الآخر:

قال ابن عاشور في التَّمثيل لترجيح أحد الأثرين على الآخر-: «قولُ ابن الحاجب: "وتقديم يديه في الهُوِيّ للسّجود أحسن"، ومن هذا قول مالك رحمه الله في مواضعَ من الموطّأ: "وهذا أحسن ما سمعتُ"»[1].

ويُعتَرَضُ على ابن عاشور أن ابن الحاجب إنما أراد بالأحسن في مسألة الهوي إلى السجود معنى الاستحباب[2]؛ وليس مِنْ مُراده المعنى الذي ذَكَرَه الشَّيخ؛ كما سبق بيانُه قَبْلَ هذا.

أمَّا قولُ مالك في الموطأ: "هذا أحسن ما سمعت" فليس خاصا بترجيح أحد الأثرين على الآخر؛ وإنما المراد منه ترجيح قول على آخر بغض النظر عن كيفية الترجيح أو الدليل المعتمد فيه؛ لأن عبارة مالك لا تعطي إلا هذا؛ وقد فَسَّر ابنُ عاشور نفسُه عبارة مالك في كتاب "كشف المغطَّى" بأنَّ معنى ذلك ترجيح الأخذ بأقوى الدَّليلين[3].

ثامناً: تركُ القياس لقياس أقْوَى منه:

مَثَّلَ ابن عاشور للاستحسان الذي يكون فيه العدول عن قياس وإنْ كان جليّا إلى آخر وإن كان أخفى منه لأنّ المعدول إليه أولى بالاعتبار لمعضِّدات-: باختلاف المتراهنين؛ فقد اختلف أشهبُ وأصبغُ؛ فقال أشهبُ القول قول المرتهن مُطلقا؛ قياسا منه للمرتهن على المستعير والمودع؛ لأنّه أمين مثلهما[4].

وقال أصبغُ القولُ قول الأشبه منهما مع يمينه؛ قياسا للمتراهنين على المتبايعين في أنَّ القولَ قولُ الأشبه منهما[5].

---

[1] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[2] ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/١٢٢. وانظر مسألة استحباب تقديم اليدين في الهوي للسجود: المواق، التاج والإكليل ٢/٢٤٧-٢٤٨، الحطاب، مواهب الجليل ١/٥٤١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/٢٨٧.

[3] ابن عاشور، كشف المغطّى ١٧-١٨.

[4] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[5] المصدر السابق ٢/٢٣٠.

وجاء في العتبية: قال أصبغُ: «وقد قال لي أشهب: إنّ القول قولُ المرتهن، وإنْ لم يسو إلاّ درهما، وهو باطل ليس شيئا؛ **وهو إغراق في العلم**»[١].

قال ابن عاشور: «فقياس أشهب إن كان أجلى إلا أنّ قول أصبغَ أحسنُ؛ لأنّه معضودٌ بضعف الأمارات، وبأنّ الرّاهن سلم للمرتهن الرّهن بسبب أنّه مُحتاجٌ إلى تسليم الرّهن إليه، فليس كالمودِع؛ ولهذا قال ابن رشدٍ في " البيان": "قول أصبغ استحسانٌ وقول أشهب إغراقٌ في القياس؛ يعني طردَ القياس"»[٢].

قال ابن رشد شارحا لذلك: «...على ما قال أشهب إلا أنّه إغراق فيه، كما قال أصبغ. والعدولُ عنه في هذا الموضع إلى مراعاة الأشباه أنّه يبعد أن يرتهن الرَّجل في مائة دينار أو ألف ما قيمته دينار؛ أوْلى وأظهر من قول أشهب استحسانا؛ لأنّ الاستحسان في العلم أغلبُ من القياس. فقد قال مالك: تسعة أعشار العلم الاستحسان، وإذْ أدّى طرْدُ القياس إلى غلوّ في الحكم ومُبالغة فيه؛ كان العدولُ عنه إلى الاستحسان أوْلى، ولا تكاد تجد التّغرّق في القياس إلا مخالفا لمنهاج الشّريعة»[٣].

ويتبدَّى من هذا المثال أنَّ المالكيَّة قد يُطلِقونَ لفظةَ الاستحسان ويُريدون بها ترجيحَ قياس خفيّ على قياس ظاهرٍ؛ لَمَّا تعضَّد هذا القياسُ الخفيّ بمعضّدات رجّحته؛ وغالبُ ما تكون هذه المعضّدات من قَبيل المصلحة.

قال الشيخ محمّد الخضر حسين: «وهذه العبارة من العلاَّمة ابن رشد تُريك كيف يُطلِقون الاستحسانَ ويُريدون منه القياسَ الخفيّ المعارِضَ للقياس الجليّ»[٤].

لكن هذا المعنى في المذهب المالكيّ نادرٌ، بالمقارنة مع الاستحسان الذي يكون فيه تقديمُ الاستدلال المرسل على القياس، قال الباجيّ: «ومعنى ما يكثُر منه: مخالفة القياس في موضع مع التزامه والعمل به في غيره»[٥]، وقال: «وهذ كثيرا ما يستعمله أشهب وأصبغ وابن المواز»[٦].

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/١١٩.

[٢] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٣٠.

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ١١/١٢٠.

[٤] محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/٧٢.

[٥] الباجي، كتاب الحدود في الأصول ٦٨.

[٦] المصدر السابق ٦٦.

وإذا نُظِرَ إلى الاستحسان بأنواعه المتقدّمة وُجِدَ أنّها دائرةٌ في فَلَك رعاية المصلحة وحائمةٌ حولها؛ لأنَّ أكثر ما يَدفع بالمجتهد إلى قَطع المسألة عن نظائرها وإعطائها حُكما مُستأنفا-: هو رعايةُ المصلحة التي تتخلّف لو أُجريت المسألةُ على ما يقتضيه حكمُ أمثالها.

فحقيقة الاستحسان هي استثناء من الدّليل العامّ الذي يُفضي طردُه وتعميمُه في كل المحالّ إلى مشقّة وحرج وضيق أو إلى تفويت مصلحة راجحة أو إلى جلب مفسدة غالبة؛ فالمقتضي الذي أَوْجَبَ تنكُّب القياس ومُفارقتَه هو إيثار التّوسعة ورفع الحرج والمشقة والالتفات إلى المصلحة والعدل، وهذا النّظر إنّما يَرجع إلى رعاية مقاصد الشّرع حال تطبيق الأدلّة التّجريدية وتنـــزيلها على الوقائع والحوادث؛ برفع المشقّة عن هذه الأمّة والتيسير على المكلفين والتّوسعة عليهم.

المطلبُ الثّالث: الاستحسان: شروطه، ومجالُ العمل به في المذهب المالكي:

الفرع الأول: شروط العمل بالاستحسان في المذهب المالكي:

الدَّليل الذي يَستحسِنُ المالكيَّة العدولَ به عن مُقتضى الأدلَّة الأصليَّة هو الاستدلالُ المرسل؛ وعليه فإنَّ الشُّروطَ المُعتبرة في الاستدلال المرسل التي سَبَقَ بحثُها في فصل المصالح المرسلة هي مُشترطة في الاستدلال المرسل الذي يَستند إليه المستحسِنُ في استثناء المسألة المستحسنة من الاقتضاء الأصليِّ للدَّليل؛ إلاَّ أنَّ هناك فارِقاً في بعض الشُّروط سأبيِّنُها في هذا الموضع؛ أمَّا الشّروط المشتركة فقد أغنى ذكرها في بحث المصالح المرسلة عن إعادتها:

أوَّلا: رُتبة المصلحة المرسلة في الاستحسان:

مرّ في بحث شروط المصالح المرسلة أنَّ المالكيَّة -على القول المحقّق عندهم- لا يشترطون في المصلحة المرسلة وُقوفَها عند مرتبة الحاجيَّات وعدم انحطاطها إلى رُتبة التَّحسينات؛ بل إنَّهم يعمِّمون في الأخذ بالمصلحة المرسلة في أيِّ رُتبة وَقَعَت أو حلَّت؛ فسواء عندهم كون المصلحة ضروريَّة أو حاجيَّة أو تحسينيَّة ما دام قد شهِدَ لها بعضُ أجناس المصالح المعتبرة شرعاً؛ إذْ لا فارق بين اعتبار المصلحة المرسلة في رتبة دون رتبة.

أمَّا المصالح المرسلةُ التي يُعتمَد عليها في الاستحسان المالكيِّ فإنَّ فيها معنى زائدا اقتضى اشتراطَ كونِ المصلحة المرسلة في رُتبة الضَّرورة أو في رُتبة الحاجيَّات وأنْ لا تَنـــزِلَ إلى رتبة التَّحسينات والتَّزيينات؛ وهذا المعنى المُقتضي لهذا الشَّرط الزَّائد هو: أنَّ المصلحة المرسلة في

الاستحسان لم تكُن رافعة لدليل البراءة الأصليَّة؛ بل هي واردةٌ على بعض الأدلَّة المعتبرة شرعاً من العموم اللَّفظي أو القياس؛ وعليه فإنَّ الخُروجَ عن مُقتضيات الأدلَّة لا يكون إلاَّ للمصالح الماسَّة القويّة في ذاتها؛ والمصالحُ التَّزيينيّة ليست كذلك. وللأدلَّة سلطانُها وقُدسيَّتُها؛ فلا تُترك لما كان من قَبيل المصالح التّزيينيَّة؛ وإلاَّ لكان ذلك ذريعةً إلى خَرق الشَّريعة.

وفُروع مالك رحمه الله تُنبئ عن أنَّه إنَّما كان يستثني من الدَّليل بما رَجَعَ إلى المصلحة الحاجيَّة أو الضَّروريَّة لا ما آل إلى المصلحة التحسينيَّة؛ ومن القواعد التي قَعَّدها المالكيَّةُ: أنَّ مالكا يعتبرُ الحاجةَ في تجويز الممنوع كاعتبار غيره الضَّرورة في ذلك.

قال ابنُ العربيِّ معدِّدا لقواعِدَ اعتمدها مالكٌ في أبواب البيوع: «القاعدة السابعة: **اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضَّرورة في تحليل المحرم**؛ ومِنْ ذلك استثناءُ القرض من تحريم بيع الذَّهب بالذَّهب إلى أجل. وهو شيءٌ انفرد به مالكٌ لم يجوِّزه أحد من العلماء سواه؛ لكنَّ النَّاس كلَّهم اتَّفقوا على جواز التَّأخير فيه من غير شرط بأجل، وإذا جاز التفرق قبل التقابض بإجماع فضربُ الأجَلِ أتمُّ للمعروف وأبقَى للمودَّة...»[١].

وكذلك فإنَّ قول ابنِ السَّراج: «**إنَّ مالكا يُراعي الحاجيَّات كما يراعي الضروريات**»[٢] مخرَّج على ما قدَّمتُه من أنَّه إذا اتُّفق على أن الاستناد للضَّرورة في تجويز الممنوع من الأصول المرعيَّة؛ فإنَّ مالكا كذلك يستند إلى المصالح الحاجيَّة الكليَّة في تجويز الممنوع، سواء بسواء؛ وسياقُ كلام ابنِ السَّراج يدلُّ على هذا؛ فإنَّه أورد هذا النَّصَّ في سياق تجويزه لبعض العُقود التي دلَّ على المنع منها بعضُ الأدلَّة العامَّة؛ فأجازها اعتمادا منه على أصل مالك في مراعاة الحاجيَّات.

ثانيا: دخول الاستحسان في العبادات:

منْ خِلال تتبّعي لكثير من الفُروع المذهبيَّة في باب العبادات تبيَّن أنَّ مالكا يُجري الاستحسان في هذا الباب ويُعمله فيه كما أعمل هذا الأصل في أبواب المعاملات؛ إلاَّ أنَّ الملاحظ أنَّ غالب ما يكون الاستحسانُ في العبادات من قَبيل التَّرخيص والتَّخفيف رفعا للحرج

---

[١] ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٧٩٠/٢. وانظر جواز الأجل في القرض عند المالكية: الدسوقي الحاشية على الشرح الكبير ٢٢٦/٣.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٤٩٦/٧، ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ١٠٢/٢. قال الوزاني: «والشرع يرخص في الكلي الحاجي...». الوزاني، تحفة الأكياس ١٤٦.

والمشقَّة؛ وهذا القدرُ الذي كان على أساسه الاستحسانُ قدرٌ معقولُ المعنى معقوليَّةً تسمَحُ بإجراء هذا الأصل المصلحيّ فيه؛ ولقد كان سببُ المنع من إجراء المصالح المرسلة في باب العبادات -كما سبق بيانُه- هو غيابُ المعقوليَّة الظَّاهرية التَّفصيليَّة في غالب أحكام العبادات؛ لكن وجدنا بابَ التَّرخُّص والتَّخفيف في العبادات معقولةً معقوليَّة ظاهرة منضبطة؛ فكان الاستمساكُ بالمنع من الاستحسان استمساكا بالحكم مع انتفاء المناط الموجِب له؛ وذلك باطل. وعليه؛ فليس بين ما تقدَّم من عدم إجراء المصالح المرسلة في باب العبادات وبين إعمال الاستحسان –وهو مؤسَّس على الاستدلال المرسل- في الباب نفسه من تناقُض ولا تدافع.

وأُورِدُ في هذا الموضع مثالين من فروع مالك التي قال فيها بالاستحسان في أبواب العبادات:

المثال الأوَّل: «عند مالك رحمه الله وجميع أصحابه أنَّ النَّجاسات كلَّها لا يطهّرُها إلاَّ الماء وإن زال العين بغير الماء فالحكم باق إلاَّ أنَّه خفَّف في أحد قوليه أن يمسح الخفَّين من أرواث الدّواب الرَّطبة وأبوالها ويصلّي فيها دون أن يغسل[1] للمشقَّة التي تلحق النَّاسَ في خلعهما أو غسلهما لكثرةِ تكرُّر ذلك عليهم كلما أقبلوا أو أدبروا، والطُّرقات لا تنفكُّ عنها ولا يُمكن التوقّي منها، فخصّ الخفَّ بالمسح من أبوال الدَّواب وأرواثها الطَّريَّة لهذه العلّة، كما خُصّ المخرجُ بالمسح بالأحجار لتكرّر الأذى عليه ومشقَّة غسله أبداً كلَّما تكرَّر عليه الأذى، كما جوّز لمن يكثر التَّرداد إلى مكَّة من الحطَّابين وغيرهم أنْ يدخُلوها بغير إحرام؛ ومثلُ هذا كثيرٌ»[2].

المثال الثاني: سئل مالك عن الفرس في مثل الغزو والأسفار يكون صاحبُه يُمسكُه فيبول فيصيبه بولُ الفرس؛ قال: «أمَّا في أرض العدوّ فإنِّي **أرجو أن يكون خفيفا** إذا لم يكُن له من يمسكه غيره، وأمَّا في أرض الإسلام فليتقه ما استطاع؛ **ودينُ الله يسر**»[3].

---

[1] المواق، التاج والإكليل ٢٢١/١-٢٢٣، الحطاب، مواهب الجليل ١٥٣/١-١٥٤، الخرشي، شرح مختصر خليل ١١٠/١-١١١.

[2] ابن رشد، البيان والتحصيل ٦٤/١.

[3] العتبي، المستخرجة مع شرحها: البيان والتحصيل ٨٥/١. وانظر المسألة: المواق، التاج والإكليل ٢١٤/١-٢١٥، الحطاب، مواهب الجليل ١٤٩/١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١٠٧/١.

قال محمد بن رشد معقِّبا وشارحا لهذه الرواية وذاكرا وجهَ التخفيف والاستثناء: «وهذا كما قال؛ لأنَّه ممَّا لا يستطيع المسافر التَّوقّي منه، لا سيَّما الغازي في أرض العدوّ، **فهو موضع تخفيف للضّرورة**، كما **خفّف مسح الخفّ من الرَّوث الرَّطب**، وكما **جوَّز للمرأة أن تصلّي في الثَّوب الذي تُرضِعُ فيه** إذا لم يكن لها ثوبٌ غيرُه[١]، مع أنْ تَدْرَأ البولَ عنه جهدَها»[٢]، والضَّرورة الواردةُ في كلام ابن رشد ليست هي الضَّرورة الاصطلاحيَّة، بل معناها في هذا الموضع الحاجة الماسَّة، كما أنَّ المسائل التي ذكرها ممَّا يُماثِلُ المثال المشروح جاريةٌ على نفس المعنى؛ وهي داخلةٌ في الحاجة لا الضّرورة كما هو جليٌّ.

الفرع الثّاني: مجال العمل بالاستحسان في المذهب المالكي:

توسَّع مالكٌ في باب العادات بالأخذ بقاعدة الاستحسان؛ لكونِ هذا الباب جارٍ على وَفق المناسبات المعقولة؛ كما تقدَّم في بحث المصالح المرسلة التَّدليل عليه؛ فمنطقُ الاستحسان يتوافق مع قانون المصالح الذي بُنِيَ عليه التَّشريع في العادات؛ فإنَّا رأينا الشَّارع ينتقِلُ من الحلِّ إلى الحرمة ومن الحُرمَة إلى الحِلِّ بحسب تغيُّر المصلحة المتفصِّية عن هذا الفعل أو ذاك.

وهذا ما يعكِسُ أنَّ مذهب مالك ﷺ مرِنٌ في مُراعاة مصالح الخلق في مَعايشهم، وأنَّ مُراعاة الحاجاتِ في التَّعامل ورفع المشقَّة والحرج والعُسْر من سِمات مذهبِه الذي تقُوم به خطَّةُ الاستحسان، والتي تُعدُّ من الخطط التَّشريعيَّة الموثِّقة لأصل المصلحة.

قال الشَّاطبيُّ بعدَ أنْ قرَّر أنَّ أبواب العادات ممَّا تجري على أصل المعقوليَّة التَّفصيليَّة: «وقد توسَّع في هذا القسم مالك رحمه الله حتَّى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة؛ وقال فيه بالاستحسان ونُقِلَ عنه أنَّه قال إنَّه تسعةُ أعشار العلم»[٣].

لكنْ يُلحَظُ أنَّ جانِبا كبيرا من الرُّخص كائنةٌ في أبواب العبادة؛ وغالبُ ما يكون الاستحسان في أبواب العبادات متعلّقا بالتّرخّص والتَّخفيف؛ لمعقوليَّة ذلك؛ كما تقدَّم بَسْطُه.

---

[١] المواق، التاج والإكليل ١/٢٠٧-٢٠٩، الحطاب، مواهب الجليل ١/١٤٤، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/١٠٦-١٠٧.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ١/٨٥-٨٦.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٠٦-٣٠٧.

المطلب الرَّابع: الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصليِّ، وكواشفُ عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان:

الفرع الأول: الأصول المصلحيَّة المقتضية للعُدول عن الدَّليل الأصلي:

الأساسُ الذي يَعتمِدُ عليه أصلُ الاستحسان عند المالكيَّة هو أصل المصالح المرسلة؛ والمصالحُ المرسلة تَستمدّ حجيَّتها من استقراء تفاريقِ الشَّريعة المُتفصِّي عنه تقريرُ كلِّياتٍ مصلحيَّة تنـــزل منـــزلة العُموم في دلالتها على أفراد المصالح شهادةً واعتباراً. وقد تتبَّعتُ بعض فروعِ المالكيَّة الاستحسانيَّة وحاولتُ استخلاص بعض الكُلِّيَّات المصلحيَّة التي يُستند إليها في الاستحسان؛ فتحصل لي ثلاثُ كلِّيات وقواعدَ: أوَّلها: قاعدة المعروف؛ ثانيها: قاعدة الرِّفق؛ ثالثها: قاعدة الضَّرر والفَساد:

القاعدة الأولى: الاستناد في الاستحسان على قاعدة المعروف:

من الأصول التي كانت عمدةً لمالك في كثير من استحساناته **قاعدةُ المعروف**؛ فإنَّ الاستقراء في مواقع المناسبات المصلحيَّة دلّ على أنَّ كثيرا من الأحكام الشَّرعيَّة المعدول بها عن القياس والتي جرَت على منطق الاستحسان ومنهجِه ممَّا استثناها الشَّارع الحكيمُ من الاقتضاءات الأصليَّة للأدلَّة-: كان الملحظُ المنظورُ إليه هو **المعروف والإحسان**؛ فليس من العدل في الشَّرع أنْ يُعامَل مُريدُ الإحسان وطالبُ العُرْف بما يُعامَلُ به من قصد إلى المماكسة والمشاحَحَة؛ فلكلٍّ طريقٌ وسبيلٌ في التَّعامل معه؛ ثمَّ إنَّه ممَّا عُلِمَ شرعا من تصرُّفات الشَّارع أنَّه يقصد إلى بثّ العُرف بين النَّاس وإفشاء الإحسان فيما بينهم ورفع الكُلَف عمّن انتحَى هذه السّبيل وصَغَى إلى هذا المَهْيَع؛ وعليه خُفِّف في أحكام التَّشريع عَّمن كان سالِكا سبيل العُرْف والإحسان ما لم يُخفَّف على غيره.

ومن المُثُل الجليَّة في هذا الذي قدَّمتُه: القرضُ؛ فإنَّ حقيقته ربا نسيئة لأنَّ فيه دفعَ مال عينا وأخذَ مثله إلى أجل؛ إلاَّ أنَّ الشَّارع أباحه لّما كان قصدُ المُقرض هو المكارمةَ والمعروف وطلبَ الإحسان؛ فاستُثني من أصل المنع. وممَّا يدُلّ على تعليق الجواز بهذا المناط أنَّه لو عُلِمَ بقرائن محتفَّة أنَّ القرض لم يُقصَد به المعروف رَجَع الحكمُ إلى المنع، كما هو الحال في القرض الذي يجر نفعا للمُقرض؛ فالنَّفعُ العائد على المقرِض دلَّ على أنَّ قصده لم يكُن متوجّها إلى

المعروف الذي له أُبيح القرض، وإنَّما كان عائدا إلى المماكسة في عقد وُضِع أصالة للمُكارَمَة والمعروف[١].

فلمَّا رأى مالك رحمه الله أنَّ الشَّارع نَهجَ في تشريعه هذا المنهج وقَصَد إلى هذا المعنى؛ فإنَّه جعل ذلك أصلا في العُدول عن الاقتضاء الأصليّ للدَّليل، فاستحسن بقاعدة المعروف.

قال المقَّريُّ مُقرِّرا قاعدة مالك في الاستثناء بالمعروف: «قاعدة: قد يُباح بعضُ الرِّبا عند مالك إما **للمعروف بالمبادلة** أو **للرفق كالرد في الدرهم؛ ترجيحا لمصلحتهما على مفسدته؛** لأن الشرع أباح لهما ربا النسيئة المجمع عليه في القرض؛ فالفضلُ أوْلى»[٢].

وقد قرَّر هذا المعنى مِن قبلُ القاضي ابنُ العربيّ؛ حيث جعل قاعدة المعروف من القواعد التي بَنَى مالكٌ عليها فقهَه في أبواب المعاملات الماليَّة؛ قال ابنُ العربي في "القبس": «قال مالك من بين مشيخة الأمصار وعلمائها ما كان مِنْ شرك أو إقالة أو تولية فإنَّه مُستثنى من بيع الطعام قبل قبضه، وإنْ كان ذلك بيعا حقيقة، ولكنَّه أسعدُ العلماء في تجويزه ذلك لطريقين:

أحدهما: **أن هذا من باب المعروف والمشاركة فلا يدخل تحت لفظ البيع المبنيّ على المغابنة والمكايسة، وهي قاعدة ينفردُ بها كما قدَّمناه...»**[٣].

ومن أمثلة النظر إلى قاعدة المعروف جواز التفاضل في المبادلة اليسيرة؛ قال ابن العربيّ: «...فإذا أثبت هذا فبعت الدنانير مراطلة اعتبر الوزن ولم يعتبر العدد وإنْ بيعت معادّة اعتبر العدد والوزن معا، ولم يجز في ذلك تفاضل؛ **إلاَّ أنَّ مالكا جوَّزه في اليسير كثلاثة دنانير يبادل فيها الرجل صاحبه كاملا بناقص، فإنَّ مالكا سامح فيها بخلاف سائر الفقهاء مُستمِدّا من قاعدة المعروف»**[٤].

والمعروفُ والإحسان والمواساة بين النَّاس ليست من المصالح التَّحسينيَّة كما قد يذهَبُ إليه خَلَدُ من لم يُنعم النظر، فالمعروفُ من المصالح الحاجيَّة التي تكفل للأمَّة توثُّق رابطة الأُخوَّة فيما بينها وتجعلها أمَّة متكافلة متواسية.

---

[١] القرافي ، الذخيرة ٢٣١/٥، ٢٥٥، ٢٨٩-٢٩٠، ٤٣٧، الشاطبي، الموافقات ٢٠٧/٤، الباجي، المنتقى ٢٨٠/٤.

[٢] القواعد، المقري رقم ٨٧٩.

[٣] ابن العربي، القبس ٨٢٩/٢.

[٤] المصدر السابق ٨٢٥/٢.

جواز الشيء مسامحة ورفقا لماجرت عادة الناس عليه:

وجريانُ العادة بالمسامحة في بعض التَّعاملات ممَّا يقتضي التَّخفيف والاستثناء من أصل المنع؛ لما عُلِمَ من أنَّ مقصد الشَّرع في المنع من كثير من التَّعاملات هو التَّنازُع والخصام بين المتعاملين؛ فإذا ارتفع مناطُ المنع وهو النـــزاع بما جَرَى عليه النَّاس من المسامحة وعدم المشاحّة؛ كان ذلك رافعا للحكم لارتفاع مناطِه، والحكمُ معلَّقٌ بمناطه وُجودا وانتفاء. كما أنَّ المسامحة ممَّا يشمله أصلُ الإحسان في الشَّرع وهو أصل شرعي يقضي على الأصل المانع بالتجويز؛ لأن المسامحة ممَّا تُوثِّقُ أصلَ المعروف.

قال ابنُ دحون المالكيّ مُعلِّلا وموجِّها بعضَ مسائل العتبية: «إنَّما **جازت هذه المسألة على المسامحة وبما جرت به عادة الناس**، وأصلُها ألاَّ تجوز، لما فيها من المجهول...»[١].

القاعدة الثَّانية: الاستناد في الاستحسان على قاعدة الرِّفق:

ولئن كانت قاعدةُ المعروف من القواعد المصلحيَّة التي كان على أساسها الاستحسانُ من الاقتضاءات الأصليَّة للأدلَّة؛ فإنَّ قاعدةَ الرِّفق بالنَّاس لا تنـــزلُ في الأهميَّة عنها؛ بل إنَّ اللَّجَأَ إليها في الاستحسان أكثرُ والصَّغوُ إليها في الاستثناء أوفرُ.

وقاعدة الرِّفق بالنَّاس من القواعد المصلحيَّة التي تحقّقُ معاني التَّوسعة العامَّة على النَّاس في تعاملاتهم وترفعُ عنهم الحرجَ والمشقَّة التي ربَّما عَرَضَت لهم؛ فحيثُما كان العُلوق بالاقتضاء الأصليّ مُوجبا للضّيق والحرَج الذي عُلِمَ من الشَّرع رفعُ مثلِه؛ فإنَّ قاعدة الرِّفق تُكفكِفُ الحرج الواقِعَ وتُخفِّفُ من غُلَوائه؛ استحسانا.

قال الشَّاطبيّ في سياق إيراده لأدلَّة اعتبار المآل: «...والأدلة الدَّالة على التَّوسعة ورفع الحرج كلّها؛ فإنَّ **غالبها سماح فى عمل غير مشروع فى الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع**»[٢].

والشَّارع في أحكامه قد اعتمد على قاعدة الرّفق والارتفاق في استثناء بعض الأحكام من الاقتضاءات الأصليَّة التي توجب الحرجَ والمشقة، فأعمل الرِّفقَ في تلك المحالِّ للتَّوسعة العامَّة:

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ٣٢٨/١١.

[٢] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤.

ومن المُثُل الجارية على قاعدة الرفق عقدُ السَّلم، فالدَّليل الأوليّ يدُلُّ باقتضائه الأصليّ منعَ هذا العقد لأنَّ فيه بيعَ معدوم؛ لكنَّ الشَّرع أجاز هذا العقدَ استثناء من الأصل رعياً للرِّفق بالنَّاس؛ ومكمنُ الرِّفق أنَّ البائع قد يكون في حاجة إلى مال فيرتفق بتقديم الثمن، والمشتري يرتفق برخص السلعة[1].

قال مالك مُعلِّلاً تخفيفَه لبعض المعاملات: «**...ولما للنَّاس في ذلك من الرِّفق بهم** وقلَّة غناهم عنه لأنَّها نفقات لا تكاد تنقطع؛ ألا ترى أنه لا يجوز لأحد دخول مكة إلا بإحرام وقد جوّز لمن قاربها من الحطّابين وغيرهم لكثرة تَردادهم عليها، وأنَّهم لا غنى بهم عن إدامة ذلك ولمنافع النَّاس بهم أن يدخلوها بغير إحرام»[2] فمالِكٌ خفَّف المسألة واستحسنها من أصل المنع بقاعدة الرِّفق والتَّوسعة، ثمَّ إنَّه لم يقِف عند ذلك بل استدلَّ على قاعدة الرّفْق بأنَّ الشَّرع لم يجز دخولَ مكَّة إلا بإحرام؛ وطرْدُ اقتضاء الدَّليل الأصليّ يوجِبُ المنعَ مُطلقا حتَّى على من يُكثِرُ الدُّخول إليها والخروج منها كالحطَّابين؛ غيرَ أنَّ انقداح معنىً زائد وهو المشقَّة والضّيق اللاحقان بمن يَكثُر تَردادُه على مكَّة أوجَبَ أنْ يُستثنى ذلك من الحكم الأصليّ، ويُخفّف استحسانا شرعيّا؛ ولئنْ كان الشَّرعُ استَحسَنَ تخفيفا فكذلك المجتهد؛ لأنَّه ناهجٌ مناهجَ الشَّرع في التَّشريع؛ وليس معنى كونِ العُلماء ورثةَ الأنبياء إلاَّ كونهم يَنهَجُون مناهِجَ الشَّرع في التَّشريع بحسب ما أدَّاهم إليه استقراءُ الشَّريعة الغرَّاء؛ قال الشَّاطبيّ: «المجتهد نائبٌ عن الشَّارع فى الحكم على أفعال المكلَّفين»[3].

وأشار إلى قاعدة الرفق كأساس للاستحسان المقري؛ قال رحمه الله: «قاعدة: قد يُباح بعض الربا عند مالك إمّا **للمعروف بالمبادلة** أو **للرفق كالردّ في الدرهم**؛ **ترجيحا لمصلحتهما على مفسدته**؛ لأن الشرع أباح لهما ربا النسيئة المجمع عليه في القرض؛ فالفضل أولى...»[4].

وقال المقَّريُّ: «قاعدة: **التَّوسعة العامَّة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول؛ قياسا على ما وردت به النُّصوص**، فمن ثَمَّ استثنى **المبادلة** و**الردّ في الدرهم** و**تأخير رأس مال السلم**

---

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين ٣٠٢/١.

[2] سحنون، المدونة ١٣/٣.

[3] الشاطبي، الموافقات ١٩٦/٤.

[4] القواعد، المقري رقم ٨٧٩.

ثلاثة وقبض المعيّن ونحوها قياسا على القَرض ونحوه»[١]؛ ومُراد المقّريّ من القياس على القرض وعلى ما وردت به النّصوص؛ أنّ الأحكام التي جَرتْ على الاستحسان بقاعدة الرّفق تُعدُّ أصولا لأصل مالك الذي اعتمده من الاستناد إلى التّوسعة العامَّة للاستثناء من الأصول.

ومن أمثلة الاستحسان المؤسس على قاعدة الرفق مسألة بيعة أهل المدينة **فهي مسألة مبنية على الالتفات إلى الرفق والتوسعة على الناس**؛ «لأنَّ المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرّطب مُياوَمَة؛ ويشقّ أنْ يأخُذَ كلَّ يوم ابتداء؛ لأنَّ النَّقد قد لا يحضره وأنَّ السِّعر قد يختلف عليه، وصاحبُ النَّخل واللَّبن يحتاج إلى النَّقد؛ لأنَّ الذي عنده عروض لا يتصرف له **فلمَّا اشتركا في الحاجة رخّص لهما في هذه المعاملة قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح**»[٢].

القاعد الثَّالثة: الاستناد في الاستحسان على قاعدة الضَّرر والفساد:

هذا؛ وإنَّ ممَّا يتبدّى في فقه مالك رحمه الله أنَّه يجعل من قاعدة رفع الضَّرر والفساد من الأُسس المرجعيَّة والقواعد المحتكم إليها في الاستحسان والاستثناء من أصل المنع الذي يُعطيه الاقتضاء الأصليّ للدَّليل؛ والأساسُ الذي يقوم عليه منطقُ الاستثناء بقاعدة رفع الضَّرر والفساد؛ أنَّ الشَّارع في تشريعيه لأحكامه كان قاصدا لجلب المصالح ودفع الضَّرر عنهم ورفع الفساد النَّازل بهم؛ فلو أنَّ تطبيق الدَّليل الأصليِّ أدَّى في بعض المحالِّ إلى خلاف ما قَصدَ إليه الشَّرعُ بأنْ كان هنالك فساد غالبٌ أو ضرر راجِحٌ فإنَّ الاستمساك بالاقتضاء الأصليّ -وهو ظنيّ بحكم العموم فيه- ممَّا يُؤدّي إلى المناقضة وإلى خَرْم الأصل القطعيّ المفيد بأنَّ التَّشريع تشريعٌ مصلحيّ؛ وعليه فإنَّ معقوليَّة التَّشريع تقضي بأنْ يُلحق الفرعُ الذي عَلِقَ به الضَّررُ نتيجةَ تطبيق الدَّليل الأصليّ عليه-: ببعض قواعدِ الشَّرع التي تكفُل للشَّرع اتِّساقَه واطِّرادَ مَنطقه، والقاعدة هنا هي قاعدة رفعِ الضّرر والفساد.

ومن أمثلة استحسان مالك رحمه الله بقاعدة الضرر والفساد:

---

[١] المصدر السابق رقم ٨٨٤.

[٢] ابن العربي، القبس ٢/٨٢٤-٨٢٥.

أنَّ علماء الأمصار اتَّفقوا على أنَّ الشّفعة إنما تكون في العقار دون المنقول، وانفرد مالك عن جمهور العلماء بفرعين كان أساس قوله بهما الاستحسان المؤسس على قاعدة الضرر والفساد:

الفرع الأول: قال مالك **بالشفعة في الثّمار**، وهي من المنقولات، وقال سائر العلماء **كلّ منقول لا شفعة فيه كالعروض وهذا قياس جلي.**

قال ابن العربي مُبيِّنا مُدْرَك مالك: «...النَّبي ﷺ **أرخص في بيع العرايا واستثناها من الرِّبا لضرر المداخلة**، وكذلك ضررُ المداخلة في الثَّمرة مثلُه عند القضاء بالشُّفعة»[1].

أما الفرع الثَّاني: فقد قال مالك بثبوت الشُّفعة فيما لا ينقسم من العقار إلا بفساد هيئته وتغيُّر صفته كالحمام والبئر؛ قال ابنُ العربي مُعلِّلا مذهبَ مالك: «وذلك لفقه بديع لم يتفطَّن له سواه، وذلك أنَّ الشُّفعة وُضِعَت كما قلناه **دفعا لضرر مؤونة القسمة**، والخسارةُ في تغيير هيئة الحمَّام والبئر أكثرُ منها في مؤونة القسمة؛ فكيف يدفع ضررٌ بأعظم منه، وإنَّما يُرفَع أعظمُ الضَّررين بأهونَ منه، وهذا بيِّنٌ لمن تأمَّله، ولهذا قلنا: إن رواية المصريِّين أقوى[2]. ولم يكُن في قوله: ﴿**ممَّا قلَّ منه أو كَثُرَ نصيبا مفروضا**﴾[النساء:٧] متعلّقٌ؛ لأنَّه **عموم تخصُّه قاعدة الضَّرر والفساد المتَّفق عليها**»[3].

الفرع الثَّاني: كواشفُ عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان:

وممَّا يتعلَّقُ بالأُسُس التي يكون عليها الارتكازُ في أصل الاستحسان؛ الكواشِفُ التي تُبينُ عن الحاجة العامَّة المقتضية للتَّخفيف والاستحسان؛ والذي حَصَلَ لي من هذه الكواشف كاشفان بينهما ارتباطٌ: الأوَّل: عُموم البَلوَى، والثَّاني: العُرفُ.

أوَّلا: عُموم البلوى كاشفٌ للحاجة العامَّة المقتضية للاستحسان:

ممَّا يسوقه الفُقهاء في الفروع الفقهية للتَّنصيص على مُوجِب العدول عن الاقتضاء الأصليّ للدّليل-: أنّ البلوى عامَّةٌ بهذا الأمر فلزم من ذلك أن نَخرُج عن أصل الدَّليل العامّ ونستأنف

---

[1] ابن العربي، القبس ٢/٨٥٦.

[2] الدردير، الشرح الكبير ٣/٤٧٦، عليش، منح الجليل ٧/١٩٥-١٩٦.

[3] ابن العربي، القبس ٢/٨٥٦؛ وانظر: عبد الوهاب، الإشراف ٢/٦٣٧.

للمسألة حُكما آخرَ بحيث يكون الحكمُ فيها أقربَ إلى العدل، وأنأى عن الحَرَج والمشقَّة العامَّة[١].

والذي يظهر لي أنَّ عُمومَ البَلْوى هو في حقيقة الأمر كاشفٌ يكشِفُ عن عموم الحاجة وشدَّة أثر هذه الحاجة عند النَّاس؛ وعمومُ البلوى تتعلَّق بالضَّرر اللاَّحق بالنَّاس إذا لم تَجْرِ المصلحةُ المقابلة للمفسدة؛ فالعلماءُ يتجوَّزون فيُطلقون على السَّبب الموجِبِ للعُدول اسمَ الكاشِفِ عنه لاقترانه به، ودلالتِه عليه.

قال صاحِبُ "تهذيب الفروق" مُبرزاً قاعدة الشَّرع فيما تعُمُّ به البلوى وأنَّها من موجبات التَّخفيف: «والقاعدة في الملَّة السَّمحة تخفيف في كلّ ما عمَّت به البلوى، والتَّشديد فيما لم تعمَّ البلوى به»[٢].

ومن الأمثلة التي خفَّف مالكٌ فيها واستحسن، وكانت عُموم البَلوى هي الكاشفة للمصلحة الحاجيَّة العامَّة:

ما أورده العتبيُّ في "المستخرجة": «سُئل مالكٌ عن الرَّجل يشتري من البيّاع بالدّانق والدّانقين والثَّلاثة فتكون درهمان أو ثلاثة فيُعطيه دراهم. قال: **لا أرى بأسا ودينُ الله يُسْرٌ**»[٣].

قال محمد بن رشد شارحا للمسألة: «إنَّما خفَّف ذلك وقال: "لا أرى بأسا ودينُ الله يسر" ولم يطلق القولَ بإجازته لأنَّ الدَّراهم التي قضاه إيّاها إنَّما اجتمعت له قبله من دوانق مقطَّعة شيئا بعد شيء، وهي لو جُمِعت بعد أن تُوزَن مقطَّعة لم يكن بدٌّ من أن تنقص من وزن الدَّراهم التي قضاه أو يزيد عليها،...وأجازه في هذه المسألة لأنَّها نفقاتٌ **تكثُر وأمرٌ يعُمّ**، فلا يُقدَرُ على التوقّي منه بأنْ يقضيه فيما يجمع[٤] له قِبَلَه من الدَّوانق ذهبا أو فُلوسا أو عروضا إلا لمشقَّة تدخُل على النَّاس في ذلك»[٥].

ومن المسائل التي أفتى فيها المتأخِّرون بالاستحسان اعتماداً على عموم البَلوى مسألةُ جواز كراء الأرض بما تُنبتُه، قال الحجويّ: «وكان العُلماء لا يُفتون في منع مسألة حتى **ينظروا إلى**

---

[١] المواق، التاج والإكليل ٩٨/٦، ١٠٢/٧.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٢٥٧/٣-٢٥٨.

[٣] العتبي، المستخرجة مع شرحها: البيان والتحصيل ٤٦٣/٦، وانظر: التَّاج والإكليل ١٨٦/٦.

[٤] كذا في المطبوع من البيان والتحصيل؛ ولعلها: "يجتمع".

[٥] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤٦٣/٦، وانظر التاج والإكليل ١٨٦/٦.

حاجة الناس إليها، أو عموم المعاملة بها، رخّصوا وأباحوا وما ضيَّقوا،...وانظر "المعيار" وغيره فتاوي من أفتى:

بجواز **كراء الأرض بما تُنبتُ لعموم البلوى بها...»**[١].

فما تعمُّ به البلوى ويكثُر احتياجُ النَّاس إليه ممَّا يقتضي التَّخفيف.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في العتبيَّة: «سئل مالك عن العامل بيده يقول للرَّجل العامل مثله: أعِنّي خمسةَ أيَّام وأُعينُك خمسةَ أيَّام؛ قال: **لا بأس بذلك؛ لأنَّ النَّاس يسألون عن مثل هذا كثيراً**، يأتي الرَّجلُ إلى أخيه فيقول له أعنّي على حصاد زرعي وعمله أيَّاما وأعينك مثل ذلك على حصاد زرعك ودراسه وعمله، فلا أرى بذلك بأسا تستعينه في أيام شغلك حتى يفرغ ثمَّ تُعينه بعد فراغك في أيَّام شغل هذا الآخر أيضا فلا أرى بهذا بأسا، والنَّاس يتعاونون على الأعمال إذا كثُر عمل هذا أعانَه هذا، وإذا كثُر عملُ هذا أعانه هذا»[٢].

فترى كيف أنَّ مالكا كَشَفَ عن عموم الحاجة التي هي مَناطُ التَّخفيف والاستثناء بكثرة سؤالِ النَّاس بعضهم بعضا عن ذلك؛ إذ كثرة السُّؤال مُنبئ عن حاجة النَّاس لهذا النوع من التَّعامل؛ فإذا تحقَّقت الحاجةُ نَظَرَ الفقيه في إمكان إخراج المسألة عن الاقتضاء الأصليِّ إذا كانت هذه المصلحةُ تنــزوِي تحت المصالح الحاجيَّة العامَّة التي يكون على أساسها الاستثناءُ والاستحسان.

قال محمَّد بنُ رشد مُبيِّنا وجهَ الحاجة إلى التَّخفيف في هذه المسألة: «وهذا كما قال إنَّه جائز لا بأس به؛ **لما في ذلك من الرِّفق بالناس** للتَّعاون على أعمالهم، وقد يكون العمل ممَّا لا يقدر الواحدُ على عمله مُنفرِدا، **فلو مُنِعَ من هذا لأضرَّ ذلك بالنَّاس، وتعطَّلت عليهم أعمالهم**؛ إذْ الكثير منهم لا يقدر على الاستئجار على عمله، وإنْ قدر مما استغرقته الإجارة؛ **فكانت هذه ضرورة تُبيحُ ذلك**. وإنَّما يجوز ذلك فيما قلَّ وقَرُبَ من الأيَّام وإن اختلفت الأعمال...وقد سئل سحنون عن الرَّجُل يقول للرَّجل احرُث لي اليومَ وأَحرثُ لك غداً؛ قال:

---

[١] الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/٥٦٢-٥٦٣؛ وانظر: ابن العربي، القبس في ششرح موطأ مالك بن أنس ٣/٨٦٣-٨٦٤.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/٤٤٨.

لا بأس بذلك. قيل له: فإنْ قال له اُحرُث لي في الصّيف وأَحرثُ لك في الشّتاء؟ قال: لا خيرَ فيه. قيل له: فالمرأة تقول للمرأة انسجي لي اليوم وأنسُج لك غداً؛ قال: لا بأس به...»[١].

ثانيا: جريانُ العُرفِ يُعدّ كاشفاً لعُموم الحاجة المقتضية للاستحسان:

ومن الكواشف التي يُطَّلعُ من خلالها إلى مَدَى أثر الحاجة وعُمومها-: العرفُ، فالغالبُ على الخلق أنَّهم إنَّما يتعارفون فيما بينهم في مُعاملاتهم بما تقوم به مصلحتُهم وتستقيم به منافعُهم؛ وعلى هذا فإنَّ العرف الجاري ببعض المعاملات ممَّا ينبغي أن يُلحَظ إليها بعين الاستحسان إنْ كانت مُزايلةً لبعض مُقتضيات الأدلَّة الأصليَّة العامَّة؛ شرطَ أنْ تكون هذه المصلحة العامَّة مما تندرج في بعض الأجناس المصحليَّة المأخوذة من استقراءات الشَّرع.

ومن أبدَع أنواع الاستحسانات ما قرَّره بعضُ المالكيَّة من تمشية بعض معاملات النَّاس التي جرى بها عرفُهم وكانت باطلة على مذهب مالك إذا كان لها وجهٌ من أقوال العلماء ولو ضعيفا؛ قال ابنُ عاشور: «وقد **يقع الإغضاءُ عن خلل يسير ترجيحا لمصلحة تقرير العقود،** كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعضُ المفوّتات المقرَّرة في الفقه. **وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتي حضرة غرناطةَ في القرن الثَّامن يُفتي بتقرير المعاملات التي جرى عرفُ الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك إذا كان لها وجهٌ ولو ضعيفا من أقوال العلماء**»[٢].

قال أبو سعيد بن لُبٍّ: «ما جَرَى به عملُ النَّاس وتقادمَ في عُرفهم وعاداتهم؛ ينبغي أنْ يُلتَمَس له مخرجٌ شرعيّ ما أمكن على خلاف أو وِفاق؛ إذْ لا يلزم ارتباطُ العمل بمذهب معيَّن، أو بمشهور قولِ قائل»[٣].

والأستاذ أبو سعيد بن لُبّ مالكيٌّ أندلسيّ، والأصلُ عندهم في الأندلس أنَّهم لا يُفتون إلاَّ بقول مالك ولا يقضون إلا به؛ فترْكُ قولِ مالك لمصلحة إقرار معاملات النَّاس التي جرى بها عرفُهم من الاستحسان المصلحيّ، والكاشِفُ عن مدى الحاجة للمصلحة عموم المعاملة.

قال الحجويّ: «وكان العلماء لا يفتون في منع مسألة حتى **ينظروا إلى حاجة الناس إليها، أو عموم المعاملة بها، رخصوا وأباحوا وما ضيقوا...**»[١].

---

[١] المصدر السابق ٨/٤٤٨.

[٢] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٧٨.

[٣] الجيدي، العرف والعمل ي المذهب المالكي ص/٤٧٢؛ نقلا عن إزالة الدلسة عن وجه الجلسة، لمحمد التماق.

المبحث الثّالث:

الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهاديّة في المذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان.

المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على الاحتجاج بالاستحسان.

المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي.

[1] الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/٥٦٢-٥٦٣.

المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان:

تمهيد:

النَّاظر في كتب الأصول يجد أنّ بعض مَن أخذ يستدلُّ على حجيَّة الاستحسان كان مُورِداً لأدلَّة لا تدُلُّ على الحجيَّة دلالة راجحة؛ بَلْهَ أنْ تكون الدَّلالة قاطعة، فكم من دليل سِيقَ ولا تعلُّق له بحجيّة الاسحسان؛ والحقُّ أنَّ عمدة المالكيَّة في الاحتجاج لهذا الأصل هو غير هذه الأدلَّة، وسأُورِدُ في هذا المقام بعضَ الأدلَّة غير الدَّالة من دون أن أُوغِل فيها، ثمَّ أُقفِّي عليها بالأدلَّة المفيدة للحجيَّة القاطعة لهذا الأصل الاستدلاليّ؛ على أنَّه ممَّا يُلحَظُ أنَّ المخالفين من الشَّافعية يستروحون لنقل الأدلَّة التي لا تُفيد الحجيَّة وقلَّ منهم من نَقَلَ الأدلَّة الحقيقيَّة للمسألة:

فمن الأدلَّة التي لا تُفيد الحجيَّة:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿**الذين يستمِعُونَ القَوْلَ فيتَّبعون أَحْسَنَهُ**﴾[الزمر:١٨]، ووجهُ الدَّلالة من هذه الآية أنَّ فيها مدحا لمن يتَّبع أحسن ما أنـــزل إلينا[١].

وأُجيبَ عن الآية بأنَّها تتضمَّنُ الأخذَ بالأحسن دون المستحسن، وهو ما جاء به الكتابُ والسُّنَّة لا غيرهما[٢].

وممَّا استُدِلَّ[٣] به ما رُوِيَ مرفوعا: «ما رآه المسلمون حَسَنا فهو عند الله حَسَنٌ»[٤] ووجْهُ الاستدلال من الحديث أن استحسان هذه الأمة المتمثل في علمائها هو عند الله حسن.

وأُجيبَ عن هذا الحديث بأنَّ أهلَ الحديث لا يُثبِتونَه؛ فالصحيح فيه أنَّه موقوف على ابن مسعود[٥].

---

[١] الغزالي، المستصفى ٤١١/١، ابن رشيق، لباب المحصول ٤٥١/٢، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥١، الآمدي، الإحكام ١٦٥/٤.

[٢] تحفة المسؤول ٢٤١/٤، الآمدي، الإحكام ١٦٢/٤، الزركشي، البحر المحيط ١٠٥/٨.

[٣] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٢، الرهوني تحفة المسؤول ٢٤١/٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٦٠/٢، كشف النقاب ١٢٦، الغزالي، المستصفى ٤١١/١، ابن رشيق، لباب المحصول ٤٥١/٢-٤٥٢، الزركشي، البحر المحيط ١٠٤/٨.

[٤] رواه البيهقي في الاعتقاد ص/٣٢٢، والبزار في مسنده، رقم: ١٨١٦، والطيالسي في مسنده رقم٢٤٦، والطبراني في المعجم الأوسط رقم: ٣٦٠٢، موقوفاً على ابن مسعود بسند حسن. كشف الخفاء للعجلوني رقم ٢٢١٤.

[٥] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٢، الآمدي، الإحكام ١٦٦/٤.

وعلى التسليم بصحته يقال: إن الحديث إن دل على شيء فإنما يدل على حجية الإجماع[١].

الأدلة الدالة على الحجية:

أما الأدلة القوية التي اعتمدها المالكية للاحتجاج بأصل الاستحسان فهي راجعة إلى الأدلّة التّالية:

الدليل الأول: الإجماع:

استدلَّ المالكيَّة على حجيَّة هذا الأصل بالإجماع؛ وكان لهم في تقريره طريقان: الأوَّل: مسائلُ أُثِرَت عن الصَّحابة ﷺ أجمعوا فيها وكان مستندهم في ذلك الاستحسان، فكان ذلك دليلا ضمنيّا على كون الاستحسان من أصول الأدلّة.

الثَّاني: مسائلُ كثيرةٌ لم يقع فيها الإجماع على آحادها وكان مستند من قال بها الاستحسان؛ فلم يُنكر أحدٌ من الصَّحابة ﷺ على من اعتمد منهم عليه؛ فكان إجماعا سكوتيّا على تقرير هذا الأصل.

الإجماع على مسائلَ مُدرَكُها الاستحسان:

ممَّا أجمعوا عليه جواز دخول الحمَّام من غير تقدير مدَّة اللَّبث ولا تقدير الماء المستعمل؛ والأصلُ في هذا المنع لجهالة المدَّة وجهالة قدر العوض الذي هو الماء؛ إلاَّ أنَّهم أجازوا ذلك استحسانا استنادا إلى قاعدة المعروف والمسامحة[٢].

وأجابَ بعضُ الشَّافعيَّة عن هذا الدَّليل بأنَّ المصير في هذه المسائل إنَّما كان الإجماع لا الاستحسان[٣].

وهذا الجواب ضعيف؛ إذْ الإجماع لا بُدَّ له من مُستند يرجع إليه؛ فلمَّا نُظِرَ في هذه المسألة وما جَرَى في مضمارها؛ وُجِدَ مستندها الاستحسان؛ فكان إجماعُهم على أمرين: إجماعٌ على الحكم الجزئي، وإجماعٌ على المستند وهو الاستحسان؛ وعليه فإنَّ الدَّليل يسلَمُ من المعارَضة.

---

[١] تحفة المسؤول ٢٤١/٤، الآمدي، الإحكام ١٦٢/٤، الزركشي، البحر المحيط ١٠٥/٨.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ١٤٣/٢-١٤٤.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ١٠٥/٨.

الإجماع السُّكوتيّ على مُدرك الاستحسان:

عمل الصحابة وفتياهم على مقتضى الاستحسان:

من أهمِّ ما اعتمده القائلون بالاستحسان من أدلّة: أنَّ الصَّحابة ﷺ وهم أعلمُ هذه الأمَّة وأفهمُها لدين الله وأفقهُها فيه؛ قد جَرَوْا على أصل الاستحسان في مسائلَ كثيرةٍ. نعم! لم يُصرِّحوا بهذا الاصطلاح؛ وإنَّما مضمون اجتهاداتهم ومُدركهم فيها هو الاستحسان الاصطلاحيّ لا يَحيدُ عنه ولا يُجاوِزُه؛ والعبرةُ بالمضامين والمعاني لا بالألفاظ والصِّيَغ.

قال أبو العباس القَبَّاب المالكيّ بعد ذكره لإنكار كثير من الأئمَّة الاستحسانَ: «ولقد كنت أقولُ بمثل مقال هؤلاء الأعلام في طرح الاستحسان وما بُنِيَ عليه؛ لولا أنَّه اعتَضَدَ وتقوَّى بوُجدانه كثيرا في فتاوى الخلفاء وأعلام الصحابة ﷺ بمحضر جمهورهم مع عدم النكير، فتقوَّى ذلك عندي غايةً، وسَكَنت إليه النَّفس، وانشرح إليه الصَّدر، ووَثِقَ به القلب؛ للأمر باتِّباعهم والاقتداء بهم ﷺ»[1].

وإذا ثبت ذلك عن الصَّحابة كان من أجلى ما يَحتجّ به القائلون بالاستحسان؛ إذْ عدمُ نكير الصَّحابة على من سَلَكَ سبيل الاستحسان دليلٌ على الإقرار؛ فكان بذلك إجماعا سكوتيّا.

ومن هذه المسائل المأثورة عن الصحابة ﷺ التي أوردها أبو العباس القباب:

المثال الأول:

فمن ذلك المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الآخر بتقدم نكاح غيره عليه إلاَّ بعد البناء فأفاتها عليه بذلك عُمَرُ ومُعاويةُ والحسن ﷺ ونسب مثله أيضا لعلي ﷺ.

وهذا جارٍ على غير القياس؛ إذْ الأصل أنَّ العقد إذا ثبت صحيحا لم يصحّ أيُّ عقدٍ على المرأة التي قد عُقِدَ عليها لأنَّها صارت زوجا للعاقد الأول فلم يصادف العقد الثَّاني محلاًّ؛ والقياسُ يقضي أنْ لا فرق بين ما قبل الدّخول وما بعد الدخول[2]؛ إلاَّ أنَّ الصَّحابة ﷺ فرَّقوا بين الحالتين؛ فاستثنوا حالة ما بعد الدُّخول من الأصل فجعلوا المرأة المدخول بها من قبل الزَّوج الثَّاني مُفيتاً لها على العاقد الأوَّل؛ والدَّليل الذي اقتضى هذا العُدولَ هو النَّظر المصلحيُّ الذي

---

[1] الشاطبي، الاعتصام ٣/٨٠.

[2] المصدر السابق ٣/٨٠-٨٢.

يقضي أنَّ في الفسخ ضررا بالغا بالمرأة وأولادها؛ فكان لازما أنْ يُستثنى من الأصل اعتبارا بما نَشَأ حال تطبيق الاقتضاء الأصليّ من فساد وضرر؛ وهذا عينُ الاستحسان.

المثال الثاني:

«ومثلُ ذلك ما قاله العلماء في مسألة امرأة المفقود: أنَّه إنْ قدِمَ المفقود قبل نكاحها فهو أحقّ بها، وإنْ كان بعد نكاحها والدّخول بها فاتَتْ، وإنْ كان بعد العقد وقبل البناء فقولان. فإنَّه يُقال: الحكمُ لها بالعدَّة من الأوَّل إنْ كان قطعا لعصمته فلا حقَّ له فيها ولو قدم قبلَ تزوُّجها أو ليس بقاطع للعصمة فكيف تباح لغيره في عصمة المفقود؟!»[1].

وهذه المسألة تجري على نفس مُدْرَك المسألة الفارِطة؛ إذْ التَّفريقُ بين ما قبلَ الدُّخول وما بعد الدُّخول إنَّما كان مُفارَقةً لطَرد الأصل، واستثناء منه بما أوجبه النَّظرُ المصلحيُّ المعتبر شرعا من تلافي الضَّرر والفساد اللاَّحق في فسخ نكاح من دُخِلَ بها.

وقال القبَّاب بعد ذكره لنماذج من اجتهادات الصحابة ﷺ مؤسّسة على النَّظر الاستحسانيّ-: «ومثله في قضايا الصحابة كثير»[2].

الدَّليل الثَّاني: الاستحسان راجعٌ إلى أدلَّة الشَّرع:

وممَّا يُحتجُّ به في هذا المقام أنَّ الاستحسان ما هو إلاّ رجوع إلى أدلَّة الشرع وترجيحها على أدلّة أخرى؛ فالاستحسان عند مالك هو ترجيحٌ للاستدلال المرسل على الدليل العامّ أو القياس العامّ أو القاعدة العامّة في بعض الأفراد الجزئيّة؛ فحقيقة الاستحسان على هذا هو استمساكٌ بالاستدلال المرسل الذي قَوِيَ على الأدلّة المقابلة له؛ والاستدلالُ المرسل يرجع إلى أدلَّة الشَّرع -كما تقدمّ تناولُه في محلّه-؛ إذْ هو مأخوذ من استقراء فروع الشَّريعة وتصرُّفاها بحيث أفادَت أصولا شرعيَّة كليّةً قام على أساسها أصلُ الاستدلال المرسل؛ ومنه الاستحسانُ المؤسَّس عليه.

قال الإمام الشَّاطبيّ: «كلُّ أصل شرعيّ لم يشهد له نصّ معيّن وكان ملائمًا لتصرُّفات الشّرع ومأخوذا معناه من أدلته-: فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجَع إليه إذا كان ذلك الأصلُ قد صار بمجموع أدلَّته مقطوعا به؛ لأنَّ الأدلَّة لا يَلزَمُ أن تدُلَّ على القطع بالحكم بانفرادها دون

---

[1] المصدر السابق ٣/٨٢-٨٣.

[2] المصدر السابق ٣/٨٥.

انضمام غيرها إليها...ويدخُل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنَّه وإنْ لم يشهد للفرع أصلٌ معيَّن فقد شهد له أصلٌ كلي.....وكذلك **أصل الاستحسان على رأي مالك ينبني على هذا الأصل**؛ لأنَّ معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[١].

ومن المقرَّر في الأصول أنَّ الأدلَّة يُخصِّصُ بعضُها بعضا ويُقيِّد بعضها بعضا؛ فكذلك القول في الاستحسان فهو تخصيص لبعض الأدلّة العامَّة بالاستدلال المرسل الرّاجع إلى بعض الأصول الكليّة المقاصدية المأخوذة بالاستقراء من تفاريق الشريعة؛ قال الشاطبي بعد بيانه لمضمون الاستحسان عند مالك وأبي حنيفة-: «وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة **فليس بخارج عن الأدلة البتة؛ لأنَّ الأدلة يُقيِّد بعضها ويخصص بعضها بعضا**؛ كما في الأدلة السنية مع القرآنية»[٢].

الدَّليل الثَّالث: اتباعُ منهج الشَّرع في التَّشريع في البناء على وَفق منطق الاستحسان:

أقوى ما اعتمده المالكيَّةُ في الاحتجاج للاستحسان واعتماده أصلاً شرعيّا قطعيّا؛ أنَّ الشَّارِعَ الحكيم في أحكامه وتصرَّفاته كان سالكا منهجَ الاستحسان وآخذاً في طريقه.

وفي هذا يقول الشَّاطبيُّ: «فإنَّ من استحسن لم يرجع إلى مجرَّد ذوقه وتشهيه وإنَّما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة؛ **كالمسائل التي يقتضى القياس فيها أمرا إلاَّ أن ذلك الأمر يُؤدّي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك...وله في الشَّرع أمثلة كثيرة**»[٣].

فالاستقراءُ دلَّ على أنَّ كثيرا من الأحكام كان يجب أنْ تُمنَع بقاءً على أصل الدَّليل العامّ المانع؛ إلاَّ أنَّ الشَّارع استثنى لك الصّور والمسائل لما يُؤولُ إليه تطبيقُ الدَّليل العامِّ على تلك الصّور والمسائل من فوات مصلحة راجحة أو حصول مفسدة غالبة؛ لأنَّ الدَّليل العامّ ما وضعه الشَّارع إلا ليكون محصِّلا للمصلحة الشَّرعيَّة؛ فلمَّا تقاعد عن ذلك لزم -بما تقرَّر من معقوليَّة التَّشريع- أنْ لا تجري تلك المسائل على الأصل العامّ؛ وأنْ يُنظَر في الدَّليل المقابل الذي نَشأَ حالَ تنـــزيل النَّصِّ وتطبيقِه.

---

[١] الشاطبي، الموافقات ١/٣٩-٤٠.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٣/٦٥-٦٦.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٦-٢٠٧.

قال الشَّاطبي عقِبَ إيراده لفروع في الشَّرع جَرَتْ على النَّسق الاستحسانيّ: «..فإنَّ حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص؛ حيث كان الدليل العامُّ يقتضى منع ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع أصل الدليل العامّ لأدَّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدَّليل من المصلحة؛ فكان من الواجب رعيُ ذلك المآل إلى أقصاه»[١].

أمثلة ذلك في الشرع:

كالقرض مثلا؛ فإنَّه ربا في الأصل لأنَّه الدرهم بالدّرهم إلى أجل؛ فهو من ربا النَّسيئة؛ ولكنَّه أُبيح لما فيه من **المرفقة والتَّوسعة على المحتاجين** بحيث لو بقينا على أصل المنع لكان في ذلك **ضيق على المكلفين** و**لامتنع أصلُ الرِّفق** من هذا الوجه[٢].

ومثله **بيعُ العريّة** بخرصها تمرا؛ فإنَّه بيعُ الرُّطب باليابس؛ وهو ممنوع بالسنة الثَّابتة[٣]؛ لكنَّه أُبيح لَمَا فيه من **الرِّفق ورفع الحرج** بالنسبة إلى المُعْري والمُعرَى[٤].

ومثله: **القراض**[٥]، **والمساقاة**[٦]، **والجعل**[٧]؛ فإنَّ الدليل العامّ يقتضي المنع لها، إلاَّ أنَّ الشرع أجازهما استنادا للمصلحة الرَّاجحة[٨]؛ قال ابن العربي مبينا وجهَ استحسان الشَّرع استثناء عقد المساقاة من أصل النَّهي عن الإجارة المجهولة: «المساقاة **مرفق الشَّريعة، ورخصةٌ من الله مستثناة من الإجارة المجهولة الأجرة للحاجَة**، كما أنَّ الجعل مستثنى من الإجارة المجهولة العمل للحاجة»[٩].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧.

[٢] القرافي ، الذخيرة ٥/٢٣١، ٢٥٥، ٢٨٩-٢٩٠، ٤٣٧، الباجي، المنتقى ٤/٢٨٠الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧. وحديث العرايا: رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية، رقم: ١٢٨٥، والبخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا، رقم: ٢٠٧٢.

[٤] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧، ابن رشد، المقدمات الممهدات ٢/١٦٥، الباجي، المنتقى ٤/٢٢٦،

[٥] الحطاب، مواهب الجليل ٥/٣٥٦، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/١٢٢، عليش، منح الجليل ٧/٣١٩-٣٢٠.

[٦] عليش، منح الجليل ٧/٣٨٤، ابن العربي، القبس ٣/٣٤٢ (دار الكتب العلمية).

[٧] الدسوقي، حاشيته على شرح الخرشي ٤/٦٠، عليش، منح الجليل ٨/٥٩.

[٨] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/٤٤٤-٤٤٥.

[٩] ابن العربي، القبس ٣/٣٢٤.

وقد جاز في الشَّرع بيعُ الجزاف فيما شقّ فيه الكيلُ أو الوزن أو العدّ؛ قال ابن رشد الجدُّ: «...بيع الجزاف فيما يتأتّى فيه الوزن أو الكيل غررٌ؛ إلاَّ أن **السّنّة قد جوَّزته لمشقَّة مؤونة الكيل أو العد** فيما في عده مؤونة...»[١]، وقال: «..بيعُ الجزاف الأصلُ فيه أنْ يُباعَ كيلا أو وزنا؛ **رخصةً وتوسعةً أجازته السّنّةُ...**»[٢].

وقال الشَّاطبيّ بعد سوقه لأمثلة من الشرع جارية على المنطق الاستحساني-: «وأشياء من هذا القبيل كثيرة»[٣].

وفي نهاية تقرير هذا التَّدليل على أصل الاستحسان؛ قال الشاطبي منبّها على أنَّ هذا هو أساس مُدرَك مالك في القول بأصل الاستحسان-: «هذا نمط من الأدلَّة الدَّالة على صحة القول بهذه القاعدة؛ وعليها بَنَى مالكٌ وأصحابُه»[٤].

ومن فهم الشَّرعَ حقّ فهمه وخَبَرَ شِعابَه ومسالكَه في التَّشريع قال بالاستحسان ضرورةً؛ لأنَّ الشَّرع نفسه لاحظ في تشريعه منهجَ الاستحسان؛ وهذا ما دعا الإمام ابنَ العربيّ أنْ يقول: «ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلَّة»[٥] والذي يريده بتخصيص العلَّة هو الاستحسان كما تقدَّم.

تأصيل مدرك الاستحسان على أساس القياس على الرخص:

ومن المالكيَّة من يُعبِّرُ عن أصل الاستحسان بأنَّه قياسٌ على الرُّخص؛ فمالكٌ وأصحابه جعلوا الأحكام الواردة في الشَّرع على خلاف الأصل أصولاً يقيسون عليها إذا تحقق مَناطُ العُدول في الفرع المجتهد فيه؛ قال المقَّريّ: «قاعدة: **التوسعة العامة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول؛ قياسا على ما وردت به النصوص..**»[٦]؛ فالقياس على الرخص العامَّة ممَّا جعله مالك أصلا للاستحسان ودليلا عليه.

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/٢٦٣.

[٢] المصدر السابق ٧/٢٧٤، وانظر في نفس المعنى ٧/٤٦٣.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٧.

[٤] المصدر السابق ٤/٢٠٧.

[٥] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨-٢٧٩.

[٦] القواعد، المقري رقم ٨٨٤، وانظر: رقم ٨٧٩، ٨٩٣.

وقد نبَّه على أنَّ الاستحسان من حقيقته القياس على الرخص العامّة المستثناة للمصلحة والحاجة القاضي ابنُ العربيّ في توجيهه لمسألة بُنيت على الاستحسان وهي بيعة أهل المدينة المتقدّمة الذِّكر؛ قال ابنُ العربيِّ: «...فلما اشتركا في الحاجة رخّص لهما في هذه المعاملة؛ قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح»[1] فأرجع ابنُ العربيّ مُدرَكَ المسألة إلى القياس على العرايا المستثناة من أصل المنع بجامع علّة الحاجة المقتضية للعدول عن الأصل.

وإنَّ للقياس على الرُّخص العامَّة لموقعا عظيما في الاجتهاد المتعلِّق بعُموم الأمَّة؛ فكما أنَّ الفرد تعرِضُ له مشاقّ وحاجاتٌ وضروراتٌ توجِبُ من المجتهد أن يُفتيه بالرُّخصة الشَّرعيَّة؛ فكذلك حال الأمَّة ممَّا يجب أنْ يُنظَر إليها نظرا كلّيا جُمليًا؛ بحيث تُتلمَّسُ المشاقُّ التي تَحيق بها ويُتلمَّح الحرجَ الذي يعتريها؛ ويكون على أساس ذلك التَّرخيصُ إذا تحقَّق مناطُه؛ جريا على منهج الشَّارع في رُخصه العامَّة التي استثناها من أصل المنع[2].

الدَّليل الرَّابع: إذا جاز التَّخصيص بالأدلَّة الظنيَّة كالقياس فأوْلى أن يجوز التَّخصيص بالقواعد الشَّرعية:

استدلَّ بعضُ المالكيَّة على حجيَّة الاستحسان بدليل أوْلويّ؛ مُحصِّله أنّ من قال بجواز التَّخصيص بالقياس لزمه القولُ بجواز الاستحسان؛ إذْ حقيقة الاستحسان هي تخصيصُ الدَّليل العام بالاستدلال المرسل، والاستدلال المرسل يستند إلى قواعد الشَّرع القطعيَّة أو القريبة من القطع، وعليه فإنَّ الاستحسان هو تخصيصُ الدّليل العامِّ بالقواعد الشَّرعية العامَّة كقاعدة الضّرر والفساد، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة المعروف، وقاعدة التَّوسعة العامّة وغيرها؛ وهذه القواعدُ قواعد قطعيّة في الشّرع أو قريبة من القطع؛ فلئنْ جاز التَّخصيص بالقياس الذي يعتورُه الظّن من جهات ويتخالجُه الاحتمال؛ فأوْلى وأحرى أنْ يجوز التَّخصيص بالقواعد الشَّرعيَّة.

ولله درُّ ابنِ العربي حيثُ قال: «العموم يتخصَّص بالقياس؛ فكيف بالقواعد المؤسِّسة العامَّة»[3].

---

[1] ابن العربي، القبس ٢/٨٢٤-٨٢٥.

[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٠٦.

[3] ابن العربي، القبس ٢/٨٢٠.

المطلب الثّاني: الاعتراضات الواردة على الاحتجاج بالاستحسان:

قد توَّجه لأصل الاستحسان بعضُ الاعتراضات من المنكرين لحجيَّته، ومن المعترضين على جعله أصلا مُستقلاً؛ من ذلك:

الاعتراض الأوَّل: الاعتراض على هذه التسمية ما دام الاستحسان راجعا إلى أدلة الشرع:

من الاعتراضات التي وجّهها المخالفون للمالكيَّة: أنَّ تفسيركم للاستحسان بما فسرتم به يُخرِجُ الاستحسان من أن يكون دليلا مُستقلا؛ فهو على قولكم راجع إلى الأدلَّة المعتبرة عندكم[1].

قال ابن خويزمنداد مجيبا عن هذا الاعتراض بعد نقله له: «هذا اعتراض علينا في التَّسمية، ولكلٍّ أهل صنعة أن يتواضَعوا بينهم تسمية يصطلحون عليها وإن لم يعرفها العربُ؛ كأسماء الأصوات، وتسمية أهل الفرائض والنَّحو والفقه والحساب أسماء لا تعرفها العرب؛ إلاَّ أنَّ تلك الأسماء وضعوها ليتعارفوا فيما بينهم أشياء؛ فلا معنى لمنعنا من التسمية، وقد كشفنا عن معناها»[2].

الاعتراض الثَّاني: النَّهي عن اتّباع الهوى والقول بلا علم:

ومن أبرز ما اعترض به المخالفون في الاستحسان أنَّ القول به قولٌ بما لا دليل عليه، فهو رجوع إلى مجرَّد الهوى والتَّشهّي من غير ما مُستند شرعيّ يرجع إليه؛ وقد نهى الله تعالى عن أن نقول في دينه بالهوى؛ قال الله تعالى: ﴿**ولا تتَّبع الهَوَى**﴾[ص:٢٦][3].

وهذا من أوهى ما يكون من الاعتراضات؛ لأنَّ فيه رميا لأئمَّة الإسلام الذين أجمعت الأمَّة على الاقتداء بهم بتنكّبهم عن أدلة الشرع بالبَداء والتشهي؛ وحاشاهم من ذلك؛ قال ابن خويزمنداد موهيا هذا الاعتراض: «وهذا القائل ظنَّ الاستحسان هو شهوات النّفوس، أو ما

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٦٠، كشف النقاب ١٢٧.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٦٠، كشف النقاب ١٢٧.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٦٠-٦١، كشف النقاب ١٢٦.

استحسناه بغير دليل؛ وليس الأمر كذلك، بل معناه ما قدَّمناه؛ ولو سألنا واستكشف عن معنى قولنا لاستغنى عن تسويد كتبه...ومعنى الاستحسان ما حسُنَ في الشَّريعة و لم ينافها»[١].

و لم ينفرد الإمام الشَّافعي بتحريم الاستحسان من غير حجَّة ولا دليل؛ بل هذا من المتَّفق عليه بين أئمَّة الإسلام؛ ولقد وردت عن أئمَّة المالكيَّة نصوصٌ تحرّم هذا المسلك المُرْدي:

قال ابن القاسم فيما يُنظر فيه من أحكام القضاة: «...ولكن إذا كان القاضي ممَّن يتَّهم بتعمُّد الجور، ولا تجويز شهادة غير العدول وهو مجتهد في العدل غير أنَّه جاهل بالسنن، تارك للاستشارة لأهل العلم **يحكم باستحسانه، ويقطع الأحكام برأيه؛** فهذا الذي يتصفح أحكامه...»[٢] فقضى ابن القاسم أن القاضي الذي يرجع إلى مجرَّد استحسانه الذي لا سند له ولا مأخذَ؛ فإنَّ أحكامه تُتصفّح وتُراجع ويُنقَضُ منها ما كان على خلاف الشَّرع.

وفي هذا يقول الشاطبي: «فإنَّ من استحسن لم يرجع إلى مجرَّد ذوقه وتشهّيه؛ وإنَّما رجع إلى ما علم من قصد الشَّارع في الجملة »[٣].

وذكر القرافي في شرح المحصول أن ما روي عن الشافعي أنه قال من استحسن فقد شرع إنَّما هو في مثل هذا؛ وهو الحقّ وإلا فجميع ما تقدَّم في حقيقة الاستحسان الاصطلاحيّ راجع إلى التَّمسك بالدليل[٤].

وقال ابن العربي: «قوله تعالى: ﴿**ويقولون على الله الكَذِبَ وهُمْ يَعْلَمُونَ**﴾[آل عمران:٧٥] هذه الآية ردّ على الكفرة الذين يحلّون ويحرّمون من غير تحليل الله وتحريمه، ويجعلون ذلك من الشرع، ومن هذا يخرج الرَّدُ على من يحكم بالاستحسان من غير دليل؛ ولستُ أعلمُ أحداً من أهل القبلة قالَه»[٥].

---

[١] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٦١/٢، كشف النقاب ١٢٦.

[٢] العتبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) ٢٥٥/٩.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٢٠٦/٤-٢٠٧.

[٤] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢.

[٥] ابن العربي، أحكام القرآن ٣٦٣/١، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١١٤/٤.

وقال ابنُ العربيّ: «...أنكر جمهور من الناس على أبي حنيفة القول بالاستحسان...فقالوا: إنه يحرم ويحلّل بالهوى من غير دليل؛ وما كان ليفعل ذلك أحدٌ من أتباع المسلمين، فكيف أبو حنيفة؟!!»[١].

فإذا عُلِمَ هذا فإنَّ الأدلَّة التي أوردها بعض المحتجّين لبُطلان الاستحسان لم تُلاق محلاّ؛ فممَّا احتجوا به على بطلان الاستحسان: قوله تعالى: ﴿**فإنْ تَنازَعْتُم في شَيءٍ فرُدُّوه إلى الله والرَّسُولِ**﴾ إلى ﴿**ذلك خَيْرٌ وأَحْسَنُ تأوِيلاً**﴾[النساء:٥٩] فجعل الأحسن ما كان ردّا إلى الكتاب والسّنة، وقوله: ﴿**وما اختلفتم فيه من شيء فحكمُه إلى الله**﴾[الشورى:١٠] ولم يقُل: إلى الاستحسان[٢]. فهذه أدلَّة تُنبِئُ عن أنَّ الاستحسان الذي ظنّوا أنَّ الحنفيَّة والمالكيَّة قائلون به هو استحسان من غير دليل؛ وهذا باطل كما تقدّم؛ وإذ بطل ذلك بطل معه أن تكون هذه الآيات الكريمةُ دافعة لحجيَّة الاستحسان.

المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي:

يربِطُ بين الاستحسان وبين بعضِ أُصول المالكيَّة صِلاتٌ وثيقةٌ، وبينها كذلك وبينه فروق تفصلُه في حقيقته عنها بحيث عُدّ أصلا مُستقلاّ؛ وسأبحَثُ في هذا الموضِع علاقةَ الاستحسان بالمصالح المرسلة، وعلاقته بالقياس؛ أمَّا علاقة الاستحسان بمراعاة الخلاف وبسدّ الذَّرائع فسيأتي بحثه في الدّراسة المخصّصة لكلٍّ من هذين الأصلين.

الفرع الأوَّل: علاقة الاستحسان بالقياس:

مِن أَجْلى ما يظهر في العلاقة التي تحكُم أصل الاستحسان وأصل القياس أنَّ الاستحسان في كثيرٍ من معانيه هو استثناءٌ وتخصيصٌ للقياس في بعض المحالّ التي دلّ عليها القياسُ بتناول العلَّة المتعدّية لها؛ فيُستند إلى الدَّليل المستحسَن به لإخراج تلك المحالّ عن مقتضى طَرْد القياس.

وبين الأصلين علاقة أُخْرى لكنْ من جهة أخرى؛ وهي أنَّ أساس الاستحسان كما مرَّ قائمٌ عند كثيرٍ من المالكيَّة على أصل القياس على الرخص الثَّابتة في الشَّرع؛ وعليه فإنَّ الاستحسان ممَّا يدخُل في مفهوم القياس العامِّ من هذه الجهة.

---

[١] ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٨.

[٢] الزركشي، البحر المحيط ٨/١٠٤.

الفرع الثّاني: علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة:

الاستحسانُ عند المالكيَّة من ألصق الأصول بالمصالح المرسلة، بل إنَّ المصالح المرسلة تُعدُّ رُكنا تكوينيًّا رئيسا في بنيته وحقيقته، فالاستحسان كما تقدَّم جلاؤه هو رجوعٌ إلى المصلحة المرسلة في مقابل دليل معارض من قياس أو عموم لفظيّ، فتُقدَّمُ المصلحة المرسلة على الدّليل المعارض؛ فيكون استحسانا؛ أمَّا المصالح المرسلة فلا يُشترط فيها وُجود معارض من الأدلَّة، بل إنَّها تُفرَضُ كذلك مع الخلوّ عن المعارض؛ ومنه فإنَّ المصالح المرسلة أعمُّ من الاستحسان عموما مُطلقا؛ فكلُّ استحسان فهو مصلحة مرسلة، وليسَ كلُّ مصلحة مرسلة استحسانا؛ لأنَّه قد ينتفي الدَّليل المعارض.

وفي هذا يقول القرافي بعد إيراده سؤالا في وجه التفرقة بين المدركين: «الاستحسانُ أخصُّ؛ لأنَّا نشترط فيه أنْ يكون له مُعارضٌ مرجوح، ويرجّح الاستحسان عليه، وكذلك قلنا فيه هو تركُ وجه من وجوه الاجتهاد لوجه أقوى منه.

والمصلحة المرسلة لا يُشترَط فيها معارضٌ، بل قد يقع تسليمه عن المعارض؛ لأنَّ المعارض ههنا يُريد به الخاصّ بذلك الباب، وهو متعيّن في الاستحسان دون المصلحة المرسلة»[١].

وتَبِعَ الشَّاطبيُّ القَرافيَّ في ذلك فقال في كتاب الاعتصام بعد تحريره لمعنى المصالح المرسلة والاستحسان: «فإنْ قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا: نعم! إلاَّ أنَّهم صوَّروا الاستحسان تصويرَ الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة»[٢].

فمثال تضمين الصّنّاع هو من قبيل المصلحة المرسلة ومن قبيل الاستحسان:

أمَّا كونُه من قَبيل المصلحة المرسلة فوجهُه أنَّ المصلحة في تضمين الصّناع أنَّ النَّاس لا استغناء لهم عن الصّناع ولهم بهم حاجة ماسّة، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلبُ عليهم التَّفريط وترك الحفظ، فلو لم يُحكم بتضمينهم مع الحاجة الملحّة إليهم لأدّى ذلك إلى أحد أمرين:

إمَّا ترك الاستصناع جملة، وهذا ممَّا يشقُّ على الخلق ويوقعهم في الحرج والعنت، والشَّرعُ قصد في أحكامه إلى رفع الحرج عنهم ودفع المشقَّة الواقعة أو المتوقَّعة بهم.

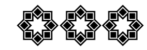
---

[١] القرافي، نفائس الأصول ٩/٤٢٧٩.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٣/٦٩.

وإمَّا أنْ يعملوا ولا يضمنوا ذلك إن ادّعوا الهلاك أو الضَّياع، فتضيع أموالُ النَّاس ويكون ذلك سببا إلى تطريق الصُّناع على الخيانة وعدم التَّحرز، لا سيما مع فساد الزَّمان وقلَّة الدِّيانة والأمانة؛ وعليه كانت المصلحة أن يُضمَّنوا حفظا للمصلحة العامَّة وتقديما لها على المصلحة الخاصة[١]. فكان ذلك من قبيل المصلحة المرسلة لَّما نُظِرَ إلى المسألة من جهة تحصيل المصلحة الموجبة للتَّضمين.

وهذا المثال يجري كذلك ويُخرَّج على أنَّه استحسان وذلك بالنَّظر في الدَّليل المقابل للمصلحة المرسلة التي تقدَّم بيانُ وجهِها؛ فالصّناع ابتداء مؤتمنون بالدَّليل الشرعي و لم يكُن ذلك استنادا إلى حكم البراءة الأصلية التي ترجع إلى الحكم العقلي، فلمَّا ضموا كان ذلك في حيز المستثنى من ذلك الدَّليل الشَّرعي، فدخلت بهذا الاعتبار والنَّظر تحت معنى الاستحسان[٢].



---

[١] المصدر السابق ٣/٦٩.

[٢] الشاطبي، الاعتصام ٢/١٤١-١٤٢.

المبحث الرابع:

الشّواهد التّطبيقيّة للاستحسان في المذهب المالكيّ

لقد كان لأصل الاستحسان أثرٌ بالغُ الأهميَّة في واقع الاجتهاد التَّفريعيّ في المذهب المالكيّ، فلا تكاد تجد بابا مِن أبواب الفقه إلاَّ وللاستحسان فيه أثرٌ؛ وهذا المبحثُ مخصَّصٌ لعرض بعض المسائل في مذهب المالكيَّة كان منـــزعُها الاجتهادي هو أصل الاستحسان:

المسألة الأولى: تضمين الرَّاعي المشتَرَك.

المسألة الثانية: الإجارة على ثمن مجهول.

المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات.

المسألة الرابعة: خلط الأذهاب والزَّيتون واللبن.

المسألة الأولى: تضمين الرَّاعي المشتَرَك:

الرَّاعي إمَّا أن يكون خاصّا أو مُشتركا؛ والرَّاعي المشترك هو الذي يرعى لسائر النَّاس فهو الذي نَصَب نفسه لرعي غنم كلّ من أتاه بغنمه؛ وأمَّا الرَّاعي الخاصّ فهو الذي يرعى لجماعة معيّنة أو لشخص معيَّن؛ كعشرة من النَّاس يتَّخذون لبقرهم راعيا خاصّا[١].

وكلٌّ من الرَّاعي المشترك والخاصّ إمَّا أن يكون رشيدا أو لا:

فإنْ كان غيرَ رشيد فلا ضمان عليه سواء كان خاصّا أو عامّا.

وإنْ كان الرَّاعي رشيدا وهو خاصٌّ فلا ضمانَ عليه إلاَّ أنْ يكون منه تعدٍّ أو تفريطٌ.

وإنْ كان الرَّاعي مُشتركاً غيرَ خاصّ؛ فعليه الضَّمان على ما جرى عليه العمل عند المتأخّرين وهي المسألة محلّ البحث؛ والضّمان إذا قيل به إنَّما يكون إذا لم يثبُت أنَّ الضَّياع كان بغير تعدّ ولا تفريط، ولا يكون له بيِّنة على الضَّياع من غير سببه[٢].

والمشهور في مذهب مالك أنَّ الرَّاعي المشترك لا ضمانَ عليه[٣]؛ قال ابن سلمون: «ولا ضمانَ على الرَّاعي فيما تلف من الغنم وغيرها إذا لم يتعدّ ولا فرَّط، وأقصى ما عليه فيما ضلّ وهلك اليمين أنَّه ما فرط ولا تعدّى ، وإن شرط عليه الضَّمان فلا يلزمه وفسخت الإجارة وردَّت إلى أجرة المثل فيما رَعَى. والحكم في ذلك واحدٌ كانت الغنمُ لواحد أو لجماعة. وروي عن ابنِ المسيّب أنّ الرَّاعي الذي يلقي النَّاسُ أغنامَهم إليه أنَّه ضامن لما تلف منها، ورآه كالصانع»[٤].

لكن المتأخّرين من المالكيَّة خالفوا مشهورَ مذهبهم إلى ما اختاره ابنُ حبيب وإلى ما رُوِيَ عن ابن المسيّب من تضمين الرَّاعي المشترك[٥] استحسانا؛ قال ابنُ حَبيب: «والأخذُ بهذا القول أحبُّ إلي؛ لأنَّه صار كالصانع الذي أجمع كلّ مَنْ علمتُ من أهل العلم على تضمينه، وكذلك

---

[١] الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٣٠٦، عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٤.

[٢] الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٣٠٥-٣٠٦.

[٣] ميارة، شرح التحفة ٢/١٩٣.

[٤] عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٦-٢٢٧.

[٥] ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٣٣١، عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

راعي الدَّواب الذي تجمع إليه بحراستها في رعيها على أنَّ له في كل دابَّة شيئا معلوما في كلّ يوم»[١].

وقال في العمليَّات الفاسيَّة مثبتا أنَّ القول بالضَّمان ممَّا جرَى به العمل:

ضمانُ راعِ غنَمِ النَّاس رُعِي		ألحقه بالصَّانعِ في الغرم تَعِي[٢].

والأصل أنَّ الرَّاعي وإنْ كان مُشترَكا هو أمينٌ ولا ضمانَ على أمين؛ قال السّجلماسيّ: «**والأصل في الأجير** من حيثُ هو راعٍ أو غيره أنَّه أمين لا ضمانَ عليه إلاَّ ما استثناه الأئمة وضمَّنوه **للمصلحة العامة** كالصانع»[٣].

لكنْ تُرِكَ الأصلُ المقتضي لعدم الضَّمان لَمَّا عارضته مصلحةٌ راجحة وهي أنَّ تركَ عدم التَّضمين ممَّا جعل الرُّعاة يخونون اتِّكاءً منهم على الحكم بأصل الأمانة؛ خاصَّة لما فسدت الذِّمم وانخرمت الأمانةُ في النَّاس؛ قال اليزناسي في "شرح تحفة ابن عاصم": «كنتُ في زمن ولايتي بتلمسانَ كثيرا ما أحكُم بتضمين الرَّاعي المشترك عندما يظهر لي مخايلُ كذب الرُّعاة وتعديهم وتفريطهم؛ وذلك غالبُ أحوالهم»[٤]؛ فمُدرَكُ ما صنعه اليزناسيُّ أنَّ **الحكم بعدم تضمينهم مما يتفصّى عنه تلفُ أموال النَّاس؛ والنَّاس بحاجة ماسَّة إلى هؤلاء الرعاة**؛ فاعتمد في ذلك على **المصلحة وقطع المسألة عن أصلها المقتضي عدمَ التَّضمين رعاية للمصلحة العامَّة.**

وقال أبو علي التَّادلي: «**والقياسُ والنَّظر عدمُ ضمان الرَّاعي المشترك، والذي تقتضيه كثرةُ خيانة الرُّعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه**»[٥].

وممَّا يلحَقُ بمسألة تضمين الرَّاعي المشترك تضمينُ صاحب الحمَّام؛ فالأصلُ في المذهب أنْ لا ضمانَ عليه[٦]؛ لكنْ من فُقَهاء المالكيَّة مَنْ قال بالتَّضمين لَمَّا كثُر تشَكِّي النَّاس من أصحاب

---

[١] ابن فرحون، تبرة الحكام ٢/٣٣١-٣٣٢؛ عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

[٢] الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٤-٣٦٥، عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

[٣] عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧، الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس ٣٦٥.

[٤] عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

[٥] عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

[٦] الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٤/٢٦، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٢/٢٠٠.

الحمَّامات؛ لقلَّة الدِّيانة وخَرابِ الذِّمم؛ استناداً منهم إلى المصلحة العامَّة التي هي من أصول مذهب مالك[١].

وممَّا يُلحَظ في المذهب المالكيّ أنَّ المتأخِّرين من أهل المذهب على التزامهم اتِّباع مشهور المذهب فإنَّهم تركوا هذا المشهورَ في كثير من المسائل وأخذوا ببعض الأقوال الضَّعيفة المرويَّة في المذهب، بل أَخذوا بأقوالٍ خارج المذهب، وجَرَى بذلك عملُ القضاء والمفتين؛ وكان الدَّافعُ من وراء الحَيْدَة عن مشهور المذهب إلى غيره هو لحظُ المصلحة؛ لَمَا في تغيُّر الزَّمان واختلافِ البيئات من الأَثَر في تَشكُّل المصلحة وتبدُّلها.

المسألة الثانية: الإجارة على ثمن مجهول:

القياسُ أنَّ الإجارة لا تصحُّ بأجرة مجهولة فإنْ وَقَعَت الإجارة على أجرة غير معلومة فهي إجارة باطلة[٢]؛ لكنَّ المالكيَّة استثنوا من هذا الأصل مسائلَ يُؤدِّي فيها طردُ القياس إلى الحرج والمشقَّة المرفوعين في الشَّريعة؛ استنادا إلى أصل الاستحسان؛ ومن هذه المسائل التي استثناها المالكيَّة:

ماجاء في العُتبيَّة: «سُئل مالك عن الخيَّاط الذي بيني وبينه الخُلطَةُ ولا يكاد يُخالفُني أستخيطُه الثَّوبَ فإذا فرغ منه وجاء به أُراضيه على شيء أدفعه إليه؛ قال: لا بأس به»[٣].

فالعاقدان لم يُبيِّنا الأجرة التي تُستحقُّ نظيرَ الخياطة فهي إذاً مجهولة؛ لكنَّ إبطال مثلِ هذا التَّعامل ممَّا يتنافى مع السَّماحة التي هي من أهمِّ مظاهر الشَّريعة الإسلاميَّة؛ إذْ الخُلطةُ بين الخيَّاط والمستخيط ممَّا تَنفي احتمالَ وُقوع المشاحَّة، وطردُ القياس في مثل هذه المسألة منَ الحرج وممَّا يُجافي اليُسرَ والمُكارَمَة في الشَّريعة الإسلاميَّة؛ فعلى هذا استُثنيت من أصل المنع استحساناً.

قال ابنُ رشد في شرح مسألة العتبية: «وهذا كما قال؛ لأنَّه مَّما قد استجازه النَّاس ومَضَوْا عليه...**والمنع من مثل هذا وشبهه تضييقٌ على النَّاس وحرجٌ في الدّين وغلوّ فيه؛ قال الله عز وجل: ﴿ما جَعَلَ عليكُمْ في الدِّين مِنْ حَرَجٍ﴾** [الحجّ: ٧٨]، **وقال: ﴿يا أهلَ الكتابِ لا تَغْلُو في دِينِكم غير الحقِّ﴾** [المائدة: ٧٧]...وقد كَرِهَ النَّخَعِيُّ أنْ يستعمل الصَّانع حتى يُقاطع

---

[١] عليش، فتح العلي المالك ٢/٢٢٧.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٧/٤٩٤.

[٣] العتبي، المستخرجة مع شرحها البيان والتحصيل ٨/٤٢٣.

على عمله بشيء مُسمّى، وكرِهَ ذلك ابنُ حبيب أيضا، وقال: إنَّه لا يبلغ به التَّحريم. **والأمرُ في ذلك واسع إن شاء الله**، وبه التَّوفيق»[١].

وانظر إلى قول ابن رشد: « لأنَّه مَّما قد استجازه النَّاس ومَضَوْا عليه» فإنَّ فيه إشارةً إلى أنَّ عُرْفَ النَّاس المنتشر بينهم بالمسامحة في بعض التعاملات مِمَّا يكون سببا للتَّخفيف.

ومن هذه المسائل المُستثناة استحساناً ما سُئِلَ عنه أبو عبد الله الموَّاق منْ أنَّه لا بُدَّ لصاحب البهائم الذي يشتي بالسَّاحل بهائمَه أنْ يَدفع إلى بعض دور قُرى السَّاحل فيُنفِق صاحبُ الدَّار عليه، ويُعطي صاحبُ البهائم بهائمَه لصاحب الدَّار ينتفع بها؛ وكلاهما ينتفع بصاحبه؛ فقال الموَّاق: «وهذا والله أعلم كلُّه قريبٌ؛ وقد ألفيتُ القومَ وقد شدَّدوا عليهم في هذا وهُمْ لا بُدَّ فاعِلوه...وفي مثل هذا التَّشديد من الحَرَج في الدِّين»[٢].

وفي مثل هذه المسائل يقول سحنون: «**لو حَمَلْتَ أكثرَ الإجارات على القياس لبَطَلَتْ**»[٣].

المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات:

المشهور من مذهب المالكيَّة أنَّ الأصل في الأرض الموات أنَّها لمن أَحياها ولا يُشترَطُ فيها استئذانُ الإمام؛ واحتجّوا لذلك بقوله ﷺ: «**من أحيا أرضا ميتة فهي له**»[٤]؛ إلاَّ أنَّهم استثنوا من هذا الأصل استحسانا الأراضي القريبة من العُمران؛ فقالوا إنَّ إذنَ الإمام شرطٌ في إحيائها[٥].

قال مالكٌ: «إذا أحياها فهي له وإن لم يستأذن الإمام...ولا يكون له أنْ يُحيي ما قرُب من العمران...**ما قرب من العمران وما يتشاحّ الناس فيه**، فإنَّ ذلك لا يكون له أن يُحييه إلا بقطيعة من الإمام»[٦].

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ٨/٤٢٣-٤٢٤، المواق، التاج والإكليل ٧/٤٩٥.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٧/٤٩٤-٤٩٥.

[٣] المصدر السابق ٧/٤٩٥.

[٤] رواه مالك في الموطّأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات، رقم: ١٤٢٤.

[٥] الحطاب، مواهب الجليل ٦/١١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٧/٧٠، الدردير، الشرح الكبير ٤/٦٩، عليش، منح الجليل ٨/٧٣.

[٦] سحنون، المدونة ٤/٤٧٣، المالقي، الأحكام ١٢٧.

فالأساس الذي كان مُلاحظا لمالك في استثناء الأراضي القريبة من العمران هو الالتفاتُ إلى توقّع الضَّرر الذي ينجرُّ نتيجة التَّخلية بين النَّاس وبين تلك الأراضي؛ لأنَّ النَّاس يرغبون على وجه القطع بالأراضي التي تكون قريبةً من العُمران فيحصُل من تكاثر الرَّغبات تصادُمها وتعارضها وتدافعها؛ ممَّا يتفصَّى عنه التَّشاحُّ والمخاصمة؛ وقد نَهَى الشَّارعُ على وجه القطع من الوسائل التي ينجرّ عنها التَّدابر والتَّخاصم؛ وعليه فإنَّ النَّظر للمصلحة هي الأساسُ الذي كان يرتكز عليه مالكٌ في استثنائه الأراضي الموات القريبة من العُمران من أصل الإباحة العامّ؛ وهذا هو الاستحسان.

قال المقَّريُّ: «الموات عند الشَّافعيّ على أصل الإباحة كالحطب والحشيش فلا يفتقر إحياؤه إلى إذن الإمام، وعند النُّعمان في حماية الإمام فيفتقر إلى إذنه. وقال مالك القريبُ بحيث يتشاحُّ فيه يفتقرُ، والمنقطع عن العمران لا يفتقر؛ **فأصّل أصلَ الشّافعيّ إلاّ أنّه خالفه لعارض توقّع الخصومة في القريب استحساناً**»[١].

وبناءً على مدرك مالك؛ فإنَّ النَّظر في مسألة إحياء الموات نظرٌ متجدِّدٌ فحيثُ كانت المصلحة مقتضيةً لعدم الإذن خُلِّيَ النَّاس والأراضي الموات، وما أوجبت المصلحةُ أنْ يقيَّدَ الإحياءُ بالإذن قُيِّدَ حتَّى ولو كان المواتُ بعيدا عن العُمران؛ لأنَّ الحكم مبنيٌّ على أمر معقول وهو توقُّع الضَّرر والفساد مِنْ تَرْك الإحياء من دون ضبط.

المسألة الرابعة: خلط الأذهاب والزَّيتون واللبن:

ومن مسائل الاستحسان مسألةُ خلط مجموعة من النَّاس للجلجلان أو الفجل أو الزَّيتون لعصره ليأخُذ كلٌّ واحد منهم من الزَّيت قدر الجلجلان أو الفجل أو الزَّيتون؛ ففي العتبيَّة قال ابنُ القاسم: سألتُ مالكا عن معاصر الزَّيت -زيت الجلجلان والفجل- يأتي هذا بأرادب، وهذا بأُخرى، حتّى يجتمعون فيها فيعصرون جميعا. قال مالك: «إنَّما يُكرَه هذا لأنّ بعضه يخرج أكثر من بعض، **فإذا احتاج النَّاس إلى ذلك فأرجو أنْ يكون خفيفا؛ لأنّ الناس لا بدّ لهم ممَّا يصلحهم، والشَّيء الذي لا يجدون عنه غنىً ولا بدّ، فأرجو أن يكون لهم في ذلك**

[١] المقري ، القواعد رقم ١٠٩٥.

سعة إن شاء الله، ولا أرى به بأسا، والزَّيتون مثل ذلك»، وقال سحنون — في هذه المسألة-: «لا خيرَ فيه»[1].

فأصلُ المسألة المنعُ من خلط الزَّيتون أو غيره لأنَّ في ذلك غررا؛ إذ لا يُدرى على وجه التَّحقيق قدرُ الزَّيت الخارج من هذا الزيتون ومن ذاك؛ والجهالةُ في هذا الموضع مُقتضيةٌ للمنع؛ لكن استثني من هذا الأصل هذه المسألةُ للحاجة الماسَّة للنَّاس؛ إذْ كثيرٌ من النَّاس ليس لهم من الزَّيتون أو الجلجلان بحيث يُفرِدُه العاصِرُ بالعصر فيجمع العاصر من زيتون النَّاس القدرَ الذي يُمكِنُه معه العصر؛ فلمَّا كانت حاجةُ النَّاس إلى هذا الخلط حاجة ماسَّة وليس لهم منها بدٌّ أجازَها مالكٌ استحسانا وتخفيفا؛ وكان طردُ القياس أنْ لا يجوز ذلك كما ذهب إليه سحنون؛ قال ابنُ رشد في شرحه للمسألة: «قولُ سحنون هو القياس، وقول مالك استحسان خفَّفه للضرورة إلى ذلك؛ إذْ لا يتأتَّى عصرُ اليسير من الجلجلان والفجل على حدته مُراعاة لقول من يُجيز التَّفاضل في ذلك من أهل العلم؛ وهذا على نحو إجازتهم للنَّاس خلط أذهابهم في الضَّرب بعد تصييغها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت من الضَّرب أخذ كلّ إنسان منهم على حساب ذهبه، وأعطى الضَّرّاب أُجرتَه»[2].

ومن مسائل الاستحسان الشَّبيهة بالمسألة السَّابقة ما ورد في كُتُبِ النَّوازل ممَّا جَرَى عليه أمرُ النَّاس في الاشتراك في اللَّبن لاستخلاص الجبن؛ لما ينتج من الحرج البالغ في استبداد كلِّ واحد منهم بلبنه؛ لما يُحتاج إليه من المؤونة والمشقَّة؛ فيجتمع جماعةٌ أصحابُ غنم فيستأجرون راعيا أو أكثر ويَخلطون اللَّبن.

فأجاب فُقهاءُ الأندلس بالجواز استحساناً؛ منهم أبو سعيد بنُ لُبّ وأبو إسحاقَ الشَّاطبيّ وابنُ السَّرّاج.

وأجودُ الأجوبة هو جوابُ شيخ المقاصد أبي إسحاقَ؛ فبيَّن أوَّلا أنَّ مسألة خلط اللَّبن لاستخراج جبنه ممَّا تدُلُّ «**الأصول على منعه؛ لأنَّ الألبان تختلف في مقدار ما يخرج منها من الجبن كما تختلف في مقدار ما يخرج منها من الزَّبد والسّمن،** فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء

[1] العتبي، العتبية مع شرحها البيان والتحصيل ١٦/١٢؛ وانظر: المواق، التاج والإكليل ١٥٣/٦، عليش، منح الجليل ٥٠٤/٤.

[2] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٦/١٢.

معلومة لم يكن الخارجُ منها من الجبن على تلك النِّسبة لكلّ واحد، بل على اختلاف النّسبة أو بجهل التَّساوي في النِّسبة؛ فصارَ كلٌّ واحد يُزابِنُ صاحبَه؛ والمزابنةُ منهيٌّ عنها»[١].

ثمَّ أبان أنَّ الرّخصة في هذه المسألة قويَّةٌ للحاجة الماسَّة التي تعتري النَّاس؛ قال: «إلاَّ أنَّ لطالب الرُّخصة في مسألة اللَّبن هنا مدخلاً؛ لأنَّ لكثير من النَّاس الحاجةَ في الخلط المذكور؛ ولا سيما لمن كان له اليسيرُ من اللَّبن الذي لا يَخرُج منه جُبنٌ على أصل انفرادِه ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلاَّ بحَرَج إنْ خرج، وأيضا فإنَّ العادَة في الرُّعاة أنْ يذهبوا بكثير من مواشي النَّاس إلى المواضع البعيدة طَلَبا للمراعي ولو كُلِّفوا عند الحلب أنْ يحلبوا لكلِّ واحد ممَّن له في الماشية شيء؛ لم يُمكنهم فضلا عن أن يَعقِدُوا له جُبنَه على حِدَة؛ فصار الحرجُ فيه على أصحاب الماشية والرّعاة أشد ممَّا...في مال اليتيم؛ فاقتَضَى هذا الأصل جوازَ مسألة خلطِ الألبان بذلك القصد»[٢].

وبعدَ أنْ أصَّل الشّاطبيُّ المسألة على أصل الاستحسان؛ خرَّجها على مسألة من مسائل المذهب وهي مسألة خلط الزَّيتون والجلجلان التي تقدَّمت؛ قال رحمه الله: «هذا ما ظهر لي في المسألة من غير نصٍّ في خُصوص المسألة أستند إليه[٣]...؛ ثمَّ وجدت في العُتبيَّة قال ابن القاسم: "سألتُ مالكا عن معاصر الزيت...". فهذا كلُّه ممَّا يدُلُّ على صحَّة ما ظهر لي في اللَّبن، والله أعلم، والظَّاهر جوازُه عملا بهذا الأصل المقرَّر في المذهب»[٤].

وأجاب ابنُ السَّراج بقوله: «المسألة تَجري على الخلاف في خلط الجلجلان والزَّيتون في المعصرة، والذي يترجَّح والله الموفّق جوازُها للحاجة، ويُقسَمُ الجُبنُ على حَسَبه»[٥].

وعلى هذه الفتاوى جرى المتأخرون من المالكية؛ فعدوا ذلك مما جرى به العمل؛ قال صاحب العمليات الفاسية:

والخلطُ للزَّيتون عند العصرِ		والزَّيتُ بالنِّسبة للتَّحري

[١] الونشريسي، المعيار المعرب ٢١٥/٥، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٧-٢٠٨.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب ٢١٦/٥، ، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٩-٢١٠.

[٣] يقصد نصّا لأئمَّة المذهب؛ لا النَّصّ الشّرعيّ.

[٤] الونشريسي، المعيار المعرب ٢١٧/٥، ، الشاطبي، الفتاوى ٢١٠-٢١١.

[٥] الونشريسي، المعيار المعرب ٢٣٩/٥، المواق، التاج والإكليل ١٥٣/٦. وأجاب كذلك أبو سعيد بن لب بالجواز؛ المعيار المعرب ٤٦٢/٦، المواق، التاج والإكليل ١٥٣/٦.

ومثلُه جمعُ ذُهوبِ الضَّربِ		في سِكَّة والقَسْمُ أيضا نسبي
ومثلُها جُبن اللّبان آتِ؛		لرُخصة الكلِّيِّ ذي الحاجات[١].

ومِمَّا يجري على منوال هذه المسائل اشتراكُ الأقارب في عَجْن الخبز وطبخ اللَّحم وما أشبه ذلك ثم يقتسمون ذلك أو يأكلونه جميعا بدون مشاحة بينهم؛ فقد أجازه أهل المذهب.

والأصل عدم الجواز للوجه الذي تقدم قَبْلُ في المسألة السَّابقة؛ لكن «الشَّرع قد جاء بالتسهيل، فأجازَ العُلماء مثلَ ذلك في طعام الرّفقاء والأقارب والجيران إذا اجتمعوا وجمعوا أطعمتهم لعجن أو طبخ أو غيرهما **بقصد الإعانة والارتفاق** في رفع مُؤن الاشتغال أو شبه ذلك؛ لأنَّ جمعه تسهيل وتيسير وتعاون لا يُقصد بمثله قصد الرِّبا ولا المزابنة ولا غير ذلك من الممنوعات؛ فصحَّ أن يُغتفر الغررُ اليسير أو الرِّبا اليسير، وله نَظائرُ في الشَّرع كبيع العارية بخرصها تمرا أو ردّ القيراط على الدِّرهم في البيع»[٢].



---

[١] الوزاني، تحفة الأكياس ١٤٥.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب ٥/٢١٥-٢١٦، ، الشاطبي، الفتاوى ٢٠٨-٢٠٩.

الفصل الثّالث:

سدّ الذرائع في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ وهي:

المبحث الأول: سدّ الذّرائع: المفهوم والمضمون.

المبحث الثّاني: سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وموجهات العمل به، ومجالاته.

المبحث الثالث: سدّ الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب.

المبحث الرابع: الشواهد التطبيقية لأصل سد الذرائع في المذهب المالكي.

المبحث الأول:

سدّ الذّرائع: المفهوم والمضمون

وفي هذا المبحث خمسة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: مفهوم سد الذريعة في اللغة والاصطلاح المالكي.

المطلب الثّاني: الإطلاقات المرادفة لأصل سد الذرائع والألفاظ ذات الصِّلة به.

المطلب الثَّالث: أهميَّة قاعدة سدّ الذَّرائع.

المطلب الرَّابع: صلة سد الذَّرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد، وبقاعدة المآل.

المطلب الخامس: علاقة سد الذَّرائع بالمصالح والمفاسد.

المطلب الأوّل: مفهومُ سدّ الذَّريعة في اللُّغة والاصطلاح المالكيّ

الفرع الأوّل: مفهوم الذَّرائع لغة:

الذَّريعة: الوسيلة، والسَّببُ إلى الشَّيء؛ وقد تَذَرَّع فلان بذَريعةٍ أَي توسَّل، والجمعُ الذَّرائع، يُقال: فلان ذَرِيعتي إِليك أَي سَبَبِي ووُصْلَتِي الذي أَتسبَّبُ به إِليك؛ قال أَبو وجْزَةَ يصَفُ امرأة:

طافَت بها ذاتُ أَلْوانٍ مُشَبَّهة		ذَرِيعةُ الجِنِّ لا تُعْطِي ولا تَدَعُ

أَراد كأَنَّها جنِّيَّة لا يُطْمَع فيها[١].

وإطلاق الذريعة على السبب هو معنى مجازيٌّ؛ إذْ الذَّريعة في أصل وضعها العربيّ معناها كمعنى الدَّريئة: وهي النّاقةُ التي يستَتِرُ بها رامِي الصَّيْدِ، وذلكَ أَن يَمْشيَ بجَنبها فيرميَه إذا أَمْكنَه، وتلكَ النّاقةُ تَسيَّبُ أَوّلاً مع الوَحْشِ حتَّى تأْلَفَها؛ ويُقال ذُرَع، والجَمْعُ ذُرُعٌ، بضَمَّتين[٢].

قال ابنُ الأَعرابيِّ: «سُمِّيَ هذا البعير الدَّرِيئة والذَّريعة ثمَّ جعلت الذَّريعة مثلاً لكلِّ شيء أَدْنى من شيء وقَرب منه:

وللمَنِيَّةِ أَسْبابٌ تُقَرِّبها		كما تُقَرِّب للوَحْشِيَّة الذُّرُع»[٣].

ونُقِلَت لفظة "الذَّريعة" من معناها الحقيقيّ إلى البيع الجائز المتحيَّل به على ما لا يجوز وكذلك غير البيع على الوجه المذكور؛ فهو من مجاز المُشابهة[٤]؛ لأنَّا شبَّهنا كلَّ شيء كان وسيلةً لشيء غير المعنى الحقيقيّ بالمعنى الحقيقيّ؛ وكونُها مجازَ مُشابهة -بحسب الأصل- لا يُنافي أنَّها صارت حقيقة عُرفيَّة؛ ومعلومٌ أنَّ مَجاز المشابهة هي الاستعارة؛ وهي هُنا تصريحيَّة: فالمستعار لفظ ذريعة، والمستعار له العقدة المتوصَّل بها إلى ما لا يجوز[٥]؛ فشبَّهنا كلَّ شيء كان وسيلة لشيء غير المعنى الحقيقيّ بالمعنى الحقيقي بجامع مُطلَق التَّوسل في كلٍّ؛ ثمَّ صارت حقيقة عرفيَّة[٦].

---

[١] ابن منظور، لسان العرب ٩٨/٨، الزبيدي، تاج العروس ١٢/٢١.

[٢] ابن منظور، لسان العرب ٩٨/٨، الزبيدي، تاج العروس ١٢/٢١.

[٣] ابن منظور، لسان العرب ٩٨/٨، الزبيدي، تاج العروس ١٢/٢١.

[٤] الخرشي، شرح خليل ٩٢/٥، الصاوي، بلغة السالك ١١٦/٣-١١٨.

[٥] العدوي، حاشيته على شرح الخرشي على مختصر خليل ٩٢/٥،

[٦] تهذيب الفروق ٢٧٤/٣.

ويُؤخَذُ من المعنى العربيّ للكلمة في أصل وضعها معنى التَّستُّر والتَّخفِّي؛ فالخاتِلُ للصَّيد يتستَّر بالنَّاقة ختلا للبعير الشَّارد الذي يُريد صيده؛ وهذا المعنى ملحوظٌ كذلك في المعنى الاصطلاحيّ للذَّريعة؛ فإنَّ المتذرِّع يتستَّر بفعل المشروع توصُّلا منه إلى الممنوع.

الفرع الثَّاني: مفهوم سدّ الذَّريعة في الاصطلاح المالكيّ:

نَهَجَ المالكيّة في تعريف سدّ الذَّرائع وبيانِ حقيقة هذا الأصل منهجين؛ فمنهم من عرَّف المركَّب الإضافيّ «سدّ الذَّريعة»، ومنهم من اكتفى بتعريف الذَّريعة أو الذَّرائع دون أن يتطرَّق إلى بيان معنى هذا المركَّب الإضافيّ؛ والسَّبب في ذلك لائح لا يحتاج إلى كثير نظر؛ إذْ الوقوف على تعريف المركَّب يكون بإضافة لفظة «سدّ» وهي لفظة بيِّنة في ذاتها يُقصد منها المنع والحسم. وعليه؛ فإنِّي سأتناول تعريفاتِ المالكيّة في سياق واحد دون فصل بين من عرَّف "الذَّرائع" وبين من عرف "سد الذَّرائع":

التَّعريف الأوَّل:

قال الباجيُّ في كتاب الحدود: «**الذَّرائع ما يُتوصَّل به إلى محظور العقود من إبرام عقد أو حلِّه**»[١].

وتعريفُ الباجي للذَّرائع هو أخص من المعنى اللُّغوي المفيد بأن الذَّريعة هي وسيلة الشَّيء مطلقا؛ إذ قيَّد الباجيّ الذَّريعة بأن تكون وسيلة تُفضي إلى المحظور، لا مُطلق الإفضاء؛ وعليه فإنَّ الوسائل التي تُوصِلُ إلى غير المحظور غيرُ مشمولة بالمعنى الاصطلاحيّ للذَّريعة.

وقيَّد الباجيّ معنى الذَّرائع في هذا الحدّ بأنَّ المتوسَّل إليه إلى جانب كونه محظورا-: أنْ يكون متعلَّقُ الحظرِ العقودَ خاصَّة؛ وهذا الذي تُعطيه عبارةُ الباجيّ. وهذا التَّعريف أورده في كتاب "الحدود" وهو مظنَّة الضَّبط التَّامِّ لحقيقة المحدود وعدم التّجوُّز فيه؛ كما أورد هذا الحدَّ في مقدِّمة "الإحكام" في بيانه لحدود المعاني الواردة في الكتاب.

غيرَ أنَّ الباجيَّ في كتاب "الإحكام" لَّما بحث مسألة الذَّرائع لم يُقيِّد معناها بخصوص العقود بل عمَّم وأطلق؛ قال: «ذهب مالك رحمه الله إلى المنع من الذَّرائع: وهي **المسألة التي ظاهرُها الإباحة ويُتوصَّل بها إلى فعل المحظور**؛ وذلك نحو أن يبيع السلعة بمائة دينار إلى أجل ويشتريها بخمسين نقدا. فهذا قد توصَّل إلى سلف خمسين في مائة بذكر السلعة.

---

[١] الباجي، كتاب الحدود ٦٨، إحكام الفصول في أحكام الأصول فقرة ٩.

وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز المنع من الذَّرائع...»[١].

فنرى كيف أنَّ تعريفه كان أشملَ ممَّا أورده في كتاب "الحدود" ومقدِّمة "الإحكام".

والذي يظهر لي أنَّ حقيقة الذَّرائع عند المالكيّة ومنهم الباجيّ أعمُّ من أنْ تكون مُقيَّدة بالعقود؛ والذي يدلُّ على هذا أمور:

أوَّلا: أن المالكيّة يبنون كثيرا من الأحكام التي لا صِلَة لها بالعقود على مُدرَك سدّ الذَّريعة، فسدُّ الذَّريعة مبثوث في مذهب مالك في كلِّ أبواب الفقه؛ فالعبادات مثلا ممَّا يجري فيه إعمالُ سدّ الذَّريعة كثيرا كما سيأتي؛ قال الشَّاطبي: «**قاعدة الذَّرائع التى حَكَّمَها مالك فى أكثر أبواب الفقه**»[٢].

وممَّا يدلُّ على أنَّ قيد "العقود" لا مفهومَ له؛ أنَّ الباجيّ وغيره ممَّن قيَّد بهذا القيد كابن رشد الجد قد بَنَوْا بعض الفروع من غير باب العقود على مأخذ سدّ الذَّرائع[٣].

ثانيا: ودليل آخر: أنَّ الأدلَّة التي استدلَّ بها المالكيّة على حجيَّة سدّ الذَّرائع أدلَّةٌ تدلُّ على مُطلَق السَّدّ وليست خاصَّة بذرائع العُقود؛ كما سيأتي في الأدلَّة النَّاهضة بالحجيَّة؛ فمثلا استدلُّوا بقوله تعالى: ﴿**قُل للمُؤمنين يغُضّوا مِنْ أبصارِهِمْ ويحفَظُوا فُروجَهم ذلك أَزْكَى لهم إنَّ الله خَبيرٌ بما يَصْنَعُونَ**﴾[النُّور:٣٠]؛ وقوله تعالى: ﴿**يا أَيُّها الذينَ آمَنُوا لا تَقُولُوا راعِنَا وقُولوا انظُرْنَا**﴾[البقرة:١٠٤]؛ وقوله تعالى: ﴿**ولا تَسُبُّوا الذينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ الله فيَسُبُّوا اللهَ عَدْواً بغير عِلْم**﴾[الأنعام:١٠٨]؛ وليس في هذه الآيات ما يُنبئ أو يُشير إلى هذا الاختصاص؛ بل هي نصٌّ على عدمه؛ إذْ ليس في كفّ الطَّرف و ترك المخاطبة ببعض الألفاظ ومجانبة نبز ما يُعبَدُ من دون الله-: علاقَة بالعقود.

وإذا كان الأمرُ على ما قرَّرتُه فلأيِّ سبب قيَّد الباجيّ وغيرُه -كما سيأتي- الذَّرائع بالعقود؛ والجواب: أنَّ من أجلى تطبيقات سدّ الذَّرائع عند المالكيّة والتي خالفوا فيها جمهور العلماء إعمالُ هذا الأصل في العقود، وبالأخصّ في باب بيوع الآجال؛ فمُدرك سدّ الذَّرائع في باب البيوع من الكثرة والانتشار بحيث عدَّه القاضي ابنُ العربيّ من القواعد العشرة التي بنى

[١] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٣، الإشارة ٣١٤، الزركشي، البحر المحيط ٩٠/٨.

[٢] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤.

[٣] الباجي، المنتقى ٣٠٦/١، ١٤/٢، ٣٩، ١٣٦/٣.

مالكٌ عليها أبوابَ البيوع؛ فأحسب أنَّ غلبة الإعمال في هذا الباب هو السَّبَبُ الدَّاعي إلى هذا التَّقييد؛ وهذا مِنْ قَبيل ذكر الشَّيء بأكثر المعاني العالقة به؛ فلا يُعدُّ هذا القيدُ قيداً حقيقيا فيؤخذ بمفهومه؛ إذْ القاعدة أنَّ الوصف الخارج على الغالب لا مفهوم له.

قال القُرطبيُّ بعد سوقه لأدلَّة المالكيّة على حجيَّة سدّ الذَّرائع: «فهذه هي الأدلَّة التي لنا على سدّ الذَّرائع **وعليه بنى المالكيّة كتاب الآجال وغيره من المسائل في البيوع وغيرها،** وليس عند الشَّافعية كتاب الآجال؛ لأنَّ ذلك عندهم عقود مختلفة مستقلة، قالوا: وأصل الأشياء على الظَّواهر لا على الظنون، والمالكيّة جعلوا السلعة ليتوصَّل بها إلى دراهم بأكثر منها؛ وهذا هو الربا بعينه فاعلمه»[1].

وقد عرَّف ابنُ رشد الذَّرائع بتعريف كان مضمونه تابعا لتعريف الباجيّ وإنْ اختلفت بعضُ الألفاظ؛ قال ابنُ رُشد: «وهي **الأشياء التي ظاهرُها الصِّحة ويُتوصَّل بها إلى استباحة الربا،** وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقداً، وذلك حرام لا يحلّ ولا يجوز؛ وأباح الذَّرائع الشَّافعي وأبو حنيفة وأصحابُهما»[2].

ومعلومٌ من مذهب مالك أنَّ المعنى الذي من أجله منع الإمامُ بعضَ العقود هو الربا المنصوص على تحريمه، فتكون الذَّرائع مختصة بذرائع الفساد.

التَّعريف الثَّاني:

قال القاضي ابنُ العربيّ: «**...الذَّرائع...**ومعناه: **كلّ فعل يُمكن أنْ يُتذرَّع به أي يُتوصَّل به إلى ما لا يجوز،** وهي مسألة انفرد بها مالك دون سائر العلماء»[3].

يُستفاد من هذا التَّعريف ما يأتي:

أوَّلا: هذا التَّعريف يَلتقي مع تعريف الباجيّ في تخصيص مفهوم الذَّرائع بالذَّرائع المُفضية إلى المحظور.

ثانيا: من الأمور الهامَّة التي أضافه هذا التَّعريف مَدَى مرتبة العلم بإفضاء الوسيلة إلى ما حُظِرَ، فهل الذَّرائع تختصُّ بما كان الإفضاءُ قطعيّا أو أنَّه يشمل ما هو أعمّ من ذلك أو أنَّه يقِفُ

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٩-٦٠.

[2] ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/٣٦١.

[3] ابن العربيّ، القبس ٢/٧٨٦.

في رُتبة معيَّنة من رُتب العلم؟ هذا ما أشار إليه ابنُ العربيّ من طَرفٍ خفيّ؛ وذلك في قوله: «كلّ فعل **يُمْكِنُ**» فالإمكان ممَّا لا يجري على معنى القطع؛ إذْ لا يصحّ البتَّة أنْ يُقال إنّي أقطع بالإفضاء مع إمكان عدمه؛ لأنّ ذلك جمعٌ بين مُتناقضين في محلّ واحد.

ومع هذا فإنَّ الإمكان من الألفاظ المُجملة التي قد يُراد به إمكان الوقوع بالظّنّ الغالب، أو بالظّنّ غير الغالب، بل حتّى بالإمكان النّادر؛ وسيأتي أنَّ الأخير غيرُ مُعتدٍّ به إجماعا.

ثالثا: لم يُبيِّن طبيعة الوسيلة المفضية إلى المحظور، هل هي من قَبيل المباحات أم أنَّ ذلك يشملها ويعمّ غيرَها.

وعرّف ابنُ العربيّ الذّرائع في موضع آخرَ بقوله: «**الذّرائعُ، وهي المباحات التي يُتوصَّل بها إلى المحرّمات**»[1].

والذي أضافه هذا التَّعريف بيانُ طبيعة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ؛ فهي من المباحات إذا قُطِعَ النَّظرُ عن المآل الممنوع المتوسَّل بها إليه.

إلاَّ أنَّ التَّعريف أهمل ما أبرزه في التَّعريف السَّابق من بيان بعض ما يتعلَّق بمرتبة العلم بالإفضاء.

وعرَّف ابنُ العربيّ كذلك الذّرائع في موضع آخرَ بقوله: «قال علماؤنا: الذّرائع التي انفرد بها مالكٌ، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته، وخفيت على الشّافعيّ وأبي حنيفة مع تبحّرهما في الشّريعة: **وهو كلّ عمل ظاهرُ الجواز يُتوصّل به إلى محظور**»[2].

أبان التَّعريف كذلك أنَّ حُكم الوسيلة يُنظَرُ له من جهتين: الجهة الأُولى: جهةُ الاقتضاء الأصليّ، والجهة الثانية: جهة الاقتضاء التَّبعي؛ والعبرةُ بالجهة الثَّانية فحُكم الوسيلة حكمُ ما تُفضي إليه؛ وأشار إلى هذا المعنى في قوله: «كل عمل ظاهر الجواز» فتقييدُه الجواز بكونه ظاهريّا يُنبئ أنَّ هذا الحكم غيرُ مُعتدٍّ به؛ وإنَّما يُعتدُّ بالحكم الذي أفضت إليه الوسيلةُ المباحة في الظَّاهر.

ويُقال في هذا التعريف ما قيل في سابقه فيما يخصّ مرتبة العلم بالإفضاء إلى المحظور.

---

[1] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/٣٣١.

[2] المصدر السابق ٢/٢٦٥.

وقال ابن العربيّ: « فمنع الله تعالى في كتابه أحدًا أن يفعل فعلا جائزًا يُؤدّي إلى محظور؛ ولأجل هذا تعلّق علماؤنا بهذه الآية في سدّ الذّرائع، وهو **كلّ عقد جائز في الظّاهر يؤول أو يُمكن أن يُتوصّل به إلى محظور**»[١].

وأوَّل ما يَجبَهُ النَّاظرَ في تعريف ابن العربيّ تعليقُه الذّرائع بكونها ممَّا تختصّ بالعقود؛ وقد تقدَّم في تعريف الباجيّ ما يرِدُ على هذا التَّقييد من إيرادات واعتراضات، كما أنّي أبنتُ عن السَّبب الدَّاعي إلى التَّقييد. ولكنْ يُشكل في هذا المقام أنَّ ابن العربيّ نصَّ نصّا صريحا في موضع آخرَ من "أحكام القرآن" أنَّ حماية الذّرائع تختصّ بباب الرّبا؛ قال ابن العربيّ في مسألة التَّعريض بالنِّكاح في حال عدَّة المرأة ذاكراً لوجوه التَّعريض: «وهذا التّعريض ونحوه من الذّرائع المباحة؛ إذ **ليس كلّ ذريعة محظورًا، وإنّما يختصّ بالحظر الذّريعة في باب الرّبا**، لقول عمرَ رضي الله عنه: فدعوا الرّبا والرّيبة؛ وكلّ ذريعة ريبة؛ وذلك لعظيم حرمة الرّبا وشدّة الوعيد فيه من الله تعالى»[٢].

التعريف الثَّالث:

قال المازَرِيُّ عن سدّ الذّريعة: «وعند الفقهاء: **منعُ ما يجوز لئلاّ يتطرَّق به إلى ما لا يجوز**»[٣].

فسدُّ الذّرائع هو إلحاق حكم الوسيلة بحكم المآل لَمّا كانت الوسيلةُ وُصْلَةً إلى هذا المآل؛ فتُمنَعُ الوسيلة بحكم منع ما أفضت إليه.

وغابَ في تعريفه البيان عن رُتبة العلم بالإفضاء إلى المحظور.

التَّعريف الرَّابع:

وعرَّف الذّرائع أبو عبد الله القرطبيّ المفسر بقوله: «والذّريعة عبارة عن **أمر غير ممنوع لنفسه يُخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع**»[٤].

وتعريف القُرطبيّ من أوفى التَّعريفات بحقيقة الذّرائع؛ بيانُ ذلك في الأمور التَّالية:

---

[١] المصدر السابق ٢/٢٦٥.

[٢] المصدر السابق ١/٢٨٧.

[٣] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٤، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥، التحرير والتنوير ٦/٤٣١.

[٤] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٧-٥٨.

أولا: أبان أنَّ الحكم الأصليّ للوسيلة هو عدم المنع؛ وهو قوله: «غير ممنوع لنفسه»؛ فالمنع الذي عَرَضَ لهذه الوسيلة إنَّما كان لأمر خارجيّ؛ وهو المآل الممنوع.

ثانيا: قول القرطبيّ: «**يخاف**» فيه بيانٌ جليّ لمرتبة العلم بإفضاء الوسيلة إلى المآل المحظور؛ فالخوف في اللغة العربيّة يُقصَدُ به الظَّنّ؛ لا الوهم.

قال الله تعالى: ﴿**فمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أو إثماً فأَصْلَحَ بينَهُم فلا إثمَ عليهِ إنَّ اللهَ غفورٌ رَحِيمٌ**﴾ [البقرة: ١٨٢].

قال ابن عاشور: «ومعنى "خاف" هنا الظَّنّ والتَّوقّع؛ لأنَّ ظنّ المكروه خوفٌ؛ فأطلَقَ الخوفَ على لازِمه وهو الظَّنّ والتَّوقّع إشارةً إلى أنَّ ما توقّعه المتوقِّعُ من قَبيل المكروه؛ ...ومن إطلاق الخوف في مثل هذا قولُ أبي مِحْجَن الثَّقَفيّ:

"أخافُ إذا ما مِتُّ أنْ لا أذُوقها"

أيْ: أظنّ وأعلمُ شيئا مكروها؛ ولذا قال قبله:

"تُرَوِّي عِظامي بعدَ مَوتي عروقُها"»[1].

فناسَبَ أنْ يُعبَّر بالخوف على ظنّ حصول المحظور كونُ المحظور أمراً مَكروها.

وأحسَبُ أنَّ تعريف أبي عبد الله القرطبيّ مأخوذ من شيخه أبي العبَّاس القُرطبيّ؛ لأنَّ هذا الأخير عرَّف سدّ الذّرائع بما يُشبِهُ التَّعريف السَّالف الذِّكر، وهو سابقٌ لأبي عبد الله؛ كما أنَّ أبا عبد الله كثيرُ النَّقل عنه في كتابه "الجامع"؛ قال أبو العبَّاس القرطبيّ معرِّفا سدّ الذّرائع: «**الامتناع ممَّا ليس ممنوعا في نفسه؛ مخافة الوقوع في محظور**»[2].

التعريف الخامس:

قال الشَّاطبي: «سدّ الذّرائع...غالبها تذرُّعٌ بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصلُ على المشروعيَّة لكن مآله غير مشروع»[3].

---

[1] ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٥٣/٢.

[2] القرطبي، المفهم ٢٨٥/١.

[3] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤.

وعليه فإنَّه عرَّف سدّ الذّرائع في موضع آخرَ بقوله: «سدّ الذّرائع هو: **منع الجائز لأنَّه يجر إلى غير الجائز**»[١].

وهذا التَّعريف يرِدُ عليه أنَّه لم يُبِنْ عن رُتَبِ العلم بالإفضاء إلى المآل الممنوع.

التعريف السَّادس:

قال القرافيّ: «ومعناه: **حسمُ مادَّة وسائل الفساد دفعا له**؛ فمتى كان الفعلُ السَّالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة مَنَعَ مالكٌ من ذلك الفعل في كثير من الصّور»[٢]، وتبِعَه على هذا التَّعريف كلٌّ من المقَّرِيِّ في "القواعد"[٣] وابنُ فرحون في "تبصرة الحكَّام"[٤]، وغيرها[٥].

وتعريفُ القَرافي يُرجِعُ مَناطَ المنع في الوسائل إلى ما تؤول إليه من المفاسد؛ فحقيقةُ سدّ الذّرائع عائدةٌ إلى النَّظر في المصلحة والمفسدة والموازنة بينهما؛ فالوسيلةُ بحكم الإباحة فيها -في الاقتضاء الأصليّ- قد يكون فيها مصلحة، لكنْ ربَّما كان رُكوب هذه الوسيلة ممَّا يتفصَّى عنه مفاسدُ تربُو على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ؛ فكان من مُقتضى منهج الشَّرع في التَّشريع أنْ تُمنَعَ هذه الوسيلة؛ مُسايَرَة لأصل المعقوليَّة في التَّشريع ومُساوَقَة لمركزيَّة المصلحة فيه.

لكن تعريف القرافيّ لسدّ الذّرائع عامّ جدّا؛ بحيث لا يُبيِّن حقيقة الذّريعة التي تُمنع؛ فالسَّبب المستلزم لملزومه الممنوع داخلٌ في مقتضى تعريف القرافيّ، وسيأتي أنَّ هذا النَّوع من الإفضاء التَّلازمي ليس من حقيقة الذّرائع التي جَرَت بين العلماء في اصطلاحهم.

كما أنَّه أَهمَلَ ذكرَ مرتبة العلم بالإفضاء إلى الفساد الذي له مُنِعَتْ الوسيلةُ وحُسِمَتْ.

ومَشَى الشَّيخ ابن عاشور على خُطى القرافيّ في تعريف سدّ الذريعة فقال: «هذا المركَّب في اصطلاح الفقهاء لـــ: **إبطال الأعمال التي تؤول إلى فساد مُعتَبَر**»[٦].

---

[١] الشاطبي، الاعتصام ١/١٧٧.

[٢] القرافي، الفروق ٢/٣٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.

[٣] المقري، القواعد رقم ٢٢٨.

[٤] ابن فرحون، تحفة الحكام ٢/٣٦٤.

[٥] المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٥.

[٦] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥.

وتعريفُ ابنِ عاشور أحسنُ من تعريف القرافيّ لتقييده الفسادَ الذي تؤول إليه الوسيلةُ بكونه فسادا مُعتبرا؛ أي راجحا على المصلحة التي تُعطيها الوسيلة في اقتضائها الأصليّ؛ إذْ الوسيلة التي تُفضي إلى فسادٍ وتكون مصلحةُ الوسيلة في اقتضائها الأصليّ أرجحَ من هذا الفساد-: لا تُمنَع.

ويُلحَظ في عموم التَّعريفات أنَّ الذّرائع المقصودة في اصطلاح المالكيّة هي ذرائعُ الفساد خاصَّة؛ قال الشَّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور رحمه الله: «سدُّ الذّرائع لقب غَلَبَ على ذرائع الفساد؛ ولكنَّه من جهة اللّغة يدُلّ على معنى قولهم إعطاء الوسيلة حكمَ المقصد»[١].

وفي الأخير أخلُص إلى استنتاج رَكائز مفهوم سدّ الذّرائع عند المالكيّة:

أوَّلا: الأصل في حكم الوسيلة في اقتضائها الأصليِّ أن تكون مأذونا فيها، فليس من حقيقة الذَّرائع الوسائلُ المحرَّمة لذاتها، وإنَّما نعني بالذَّرائع الذَّرائعَ المباحة في ذاتها بالنَّظر الأوَّليِّ الذي يكون بقطع النَّظر عن الاعتبارات الأُخرى.

ثانيا: حكمُ الوسيلة بعدَ إعمال سدِّ الذَّرائع هو المنع؛ تنـــزيلا لها منـــزلةَ الغاية المتوسَّل إليها وهي الممنوع.

ثالثا: الإفضاءُ إلى المحظور يكون على أساس من الظَّنّ الذي هو معمولٌ به في أبواب الشَّريعة؛ أمَّا الوسائلُ التي تستلزم المحظورَ بذاتها فليست من حقيقة الذَّرائع؛ كما سيأتي الإبانة عنه في بحث أركان الذَّرائع إن شاء الله.

رابعا: مناطُ العُدول عن الاقتضاء الأصليّ إلى الاقتضاء التَّبعيّ: ترجُّحُ مفسدة المآل على المصلحة الأصلية للوسيلة.

خامسا: المتوسَّل إليه بالذَّريعة حُكمُه المنعُ؛ فالذَّرائع في إطلاقها الاصطلاحيِّ عند المالكيَّة تختصُّ بذرائعِ المحظور.

سادسا: سدُّ الذَّرائع تتعلَّق بكُلِّ أبواب الفقه، ولا اختصاصَ لها بباب العُقود دون غيرِه من الأبواب.

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٦، وانظر: حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٤، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٩.

التَّعريف المختار:

وتأسيساً على المُرتكزات المستخلصة من تعريفات المالكيَّة؛ فإنَّ التَّعريف الأقربَ في نظري لأصل سدّ الذّرائع عند المالكيّة هو:

«**منع الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى الممنوع شرعا إفضاءً ظنّيا؛ ترجيحاً لفساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ**».

فدخل المرتكز الأوَّل في التَّعريف بقوله: «**الوسيلة المأذون فيها**».

ودخل المرتكز الثَّاني في التَّعريف بقوله: «**منع الوسيلة**».

ودخل المرتكز الثَّالث في التَّعريف بقوله: «**المفضية إلى الممنوع شرعا إفضاءً ظنّيا**».

ودخل المرتكز الرَّابع في التَّعريف بقوله: «**ترجيحا لفساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصليّ**».

ودخل المرتكز الخامس في التَّعريف بقوله: «**المفضية إلى الممنوع شرعا**».

الفرع الثَّالث: أركان سدّ الذّرائع:

أصلُ سدِّ الذَّرائع يقوم في بنائه التَّكويني على أركان تُشكِّلُ ماهيَّته وتُكوِّن حقيقتَه؛ وهي أربعةُ أركان: الوسيلة، والمتوسَّلُ إليه، مرتبة العلم بالإفضاء، وسببُ العُدول عن الحكم الأصليِّ للوسيلة إلى حُكم المتوسَّل إليه.

الرُّكن الأوَّل: الوسيلة:

الوسيلة المتذرَّع بها إلى الممنوع هي الرّكن الأوَّل في أصل سدّ الذّرائع؛ وهي ما يُتوصَّل به إلى الممنوع ويكون طريقا إليه؛ قال ابن العربيّ: «وسببُ الشّيء غيرُ الشّيء؛ إنّما هو الذي يُتوصّل به إليه، ويتوسّل به في تحصيله»[1].

ومن خلال تتبُّعي لكلام العلماء في مسألة سدّ الذّرائع تبيَّن لي أنَّ هناك خِلافا في الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه استلزاما عقليّا أو عاديّا؛ فمن العلماء من يُدخِلُ هذه الوسيلة في مفهوم الذّرائع كالقَرافيّ ومَن تبِعه على تقسيمه الذي سيأتي الإبانةُ عنه؛ ومنهم من اعترَض على إدراج

---

[1] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/٣٣١.

هذا النَّوع في حقيقة الذّرائع؛ إذ فَرقٌ بين الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه وبين الوسائل التي لا يُقطَع فيها بالإفضاء إلى المتوسَّل إليه؛ فلا خلاف يُعلَمُ في أنَّ الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه ممنوعة؛ ذلك أنَّه لا يُعقَل أنْ يُمنَعُ الشَّيء ثمَّ لا يُمنَع ما أفضى إليه إفضاء تلازميًّا.

ومن المعترضين على عدِّ هذا النَّوع من الوسائل في قَبيل الذّرائع تقيُّ الدِّين السُّبْكيّ وابنُه تاج الدِّين:

قال تاجُ الدين السّبكيّ مُعقِّبا على القرافيّ: «وقد أطلقَ هذه القاعدة على أعمّ منها؛ ثمَّ زعم أنَّ كلَّ أحد يقول ببعضها؛ وسنوضِّح لك أنَّ الشَّافعيَّ لا يقول بشيء منها، وأنَّ **ما ذكر أنَّ الأمَّة أجمعت عليه ليس من مسمَّى سدّ الذّرائع في شيء**»[١].

وقد اعترض التَّقيّ السّبكيّ على ابن الرِّفعةِ حيثُ خرَّج قولَ الشَّافعيِّ بسدِّ الذّرائع من فرع فقهيٍّ مستند على الوسائل المستلزمة للمتوسَّل إليه؛ فقد ذكر الشَّافعيّ ﷺ في باب إحياء الموات من "الأم" عند النَّهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ: «أنَّ ما كان ذريعة إلى منع ما أحلَّ الله لم يحلّ، وكذلك ما كان ذريعةً إلى إحلال ما حرَّم الله تعالى»[٢]؛ فقال ابنُ الرِّفعة: «في هذا ما يُثبِتُ أنَّ الذّرائع إلى الحرام والحلال تُشبِهُ معاني الحلال والحرام»[٣].

فنازَعَه التّقيّ السّبكيّ وقال: «إنَّما **أراد الشَّافعيّ رحمه الله تحريمَ الوسائل لا سدّ الذّرائع، والوسائل تستلزم المتوسَّل إليه**؛ ومن هذا منع الماء فإنَّه يستلزم منع الكلأ الذي هو حرام، ونحن لا نُنازِعُ فيما يستلزم من الوسائل؛ ولذلك نقول من حبس شخصا ومنعه من الطَّعام والشَّراب فهو قاتل له؛ **وما هذا من سدّ الذّرائع في شيء...وكلام الشَّافعيّ في نفس الذّرائع لا في سدّها، وأصل النـــزاع بيننا وبين المالكيّة إنَّما هو في سدِّها**»[٤].

وقد سَبقَ إلى هذا التَّحقيق الإمام أبو العبَّاس القرطبيّ المالكيّ؛ فقد عدَّ الوسائل المستلزمةَ للمحظور ممَّا لا دخلَ لها بباب الذّرائع؛ وإنَّما يختصُّ بابُ الذّرائع بالوسائل التي لا يلزم عنها الممنوع؛ قال القُرطبي: «اعلم أن ما يفضي إلى الوقوع في المحظور:

---

[١] العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٣٩٩/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٣/٨.

[٢] الشافعي، الأم ٥١/٤، العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٣٩٩/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٣/٨.

[٣] العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٣٩٩/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٣/٨.

[٤] المرجعان السابقان.

(١) إمَّا أن يلزم منه الوُقوع قطعا أو لا؛ **والأوَّل ليس من هذا الباب**، بل من باب ما لا خَلاصَ من الحرام إلاَّ باجتنابه ففعله حرام من باب ما لا يتمُّ الواجِبُ إلاَّ به فهو واجب.

والذي لا يلزم: إمَّا أن يُفضي إلى المحظور: (١)غالبا أو (٢)ينفكّ عنه غالبا أو (٣)يتساوى الأمران و**هو المسمّى بـــ "الذّرائع" عندنا**»[١].

بل قد سَبَقَ الجميعَ إلى عدم عدِّ الوسائل المستلزمة في نفسها للممنوع القاضي أبو الوليد الباجيُّ حيثُ قال في "المنتقى": «الذّرائع يَقوى منعُها بتكرُّر القصد إليه والغرض فيه، فيُعبِّرُ عنه أصحابُنا بقوَّة التُّهَمَة فيه، ويَضْعُفُ وجهُ المنع بقلَّة قصده، وذلك فيما يحتمل وُجوها من الصِّحة ووجها أو وجوها من الفساد المقتضي للمنع فيحمل على المقصود من تلك الوجوه؛ **وأمَّا ما كان الفساد له لازِما فإنَّ ذلك ممنوعٌ لنفسه**»[٢].

وهذا الذي تمَّ تحريرُه ممَّا يظهر من كلام ابن العربيّ حيثُ قال في "العارضة" في مسألة الصلاة على الميِّت في المسجد: «إلاَّ أنَّ مالِكا لاحتراسه وحسمِه للذَّرائع منع من إدخالهم في المسجد؛ لأنَّ النَّاس يسترسلون في ذلك،...**وحسم الذّرائع فيما لا يكون من اللَّوازم أصلٌ في الدين**»[٣] فجعل الذّرائع التي تُحسَمُ ممَّا لم تكُن من قَبيل اللَّوازم.

ولا تختصُّ الذّرائع التي يجب سدُّها ومنعُها بالأفعال، وإنَّما تَشمَل إلى جانب الأفعال تركُ الأفعال التي يُتوسَّل بها إلى الممنوع[٤].

الرُّكن الثاني: والمتوسَّلُ إليه:

المتوسَّل إليه أو المتذرَّع إليه هو المحظورُ الذي تُفضي إليه الوسيلةُ المتذرع بها إليه؛ ومن طبيعة هذا الممنوع أنْ يكون مُحتَقِباً للفساد الذي من أجله مُنِعَ شرعا؛ إذْ الشَّرعُ لا يَمنَعُ ما فيه الصّلاح الراجح؛ حكمةً منه تعالى ورحمةً بالخلق. وعليه؛ فمِنْ شَرْط المتوسَّل إليه أن يكون ممنوعا محظورا ليكون داخلا في مفهوم سدّ الذّرائع التي قالت به المالكيّة ومَن تبعهم من أهل المذاهب؛ لأنَّ المنع من الذّرائع هو إعطاءُ الذّريعة حكمَ المتذرع إليه، فإذا لم يكُن المتذرَّعُ إليه محظورا لم يكُن هنالك في المنع من الذّرائع إعطاءُ الذّريعة حكمَ المتذرَّع إليه.

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٠.

[٢] الباجي، المنتقى ٤/١٦٤-١٦٥.

[٣] ابن العربيّ، عارضة الأحوذي ٤/١٩٩-٢٠٠، الحطاب، مواهب الجليل ٢/٢٣٩، عليش، منح الجليل ١/٥١١.

[٤] محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٥٧.

ومِمَّا ينبغي الإلماعُ إليه في هذا المقام أنَّ للذَّرائع إطلاقين: إطلاق عامّ وإطلاق خاصّ؛ أمَّا الإطلاق العامّ: فيُراد بالذّرائع فيه مُطلَق الوسائل بغضّ النَّظر عن إفضائها إلى المصالح أو المفاسد؛ فهو استعمال للذَّرائع بمفهومها العربيّ، وعلى هذا الإطلاق يشمل إلى جانب سد الذرائع فتحَ الذّرائع.

أمَّا الإطلاق الخاصّ: فيُرادُ به الذّرائع التي تكون وسيلةً إلى خصوص المفاسد؛ وهو المعنى الذي يكثُر تداوله، والذي سبق تعريفه.

وعليه فينبغي أن يُلحَظَ هذا التَّنوُّع في الإطلاقات، فمن العُلماء مَن يَجري في كلامه الإطلاقان؛ ففي مواضعَ يُريد المعنى الخاصّ وفي مواضعَ أُخرَى يُريد المعنى العامَّ.

الرُّكن الثَّالث: مرتبة العلم بالإفضاء:

تقدَّم قريبا أنَّ القطع بحصول الممنوع من الوسيلة فيما كان طريقُه التَّلازم بين الوسيلة والمتوسَّل إليه ليس داخلا على التَّحقيق في مسمَّى الذّرائع الاصطلاحيَّة. وعليه؛ فإنَّ مَرتبة العلم المعتمَدة في المنع من الذّرائع هي مرتبةُ الظَّنّ بمختلَف رُتبِها، من الظَّنّ الغالب فما دونه. وسيأتي لهذا الرُّكن مزيد بيان.

الرُّكن الرّابع: مناط العدول عن الاقتضاء الأصلي إلى الاقتضاء التبعي:

أمَّا عن مناط العُدول عن الحكم الأصليِّ للوسيلة إلى حُكم المآل وهو حكم المتذرَّع إليه؛ فهو ترجُّحُ مفسدة المآل على مصلحة الوسيلة؛ إذْ أفضت عمليَّةُ الموازنة بين مصالحِ الأصل ومصالح المآل إلى أنْ قَوِيَ اعتبارُ مفسدة المآل على ما يُستجلَبُ من مصلحة الأصل؛ والأصلُ المقرَّر في الشَّرع أنَّ المفسدة الرّاجحة واجبةُ الدَّفع والمنع على المصلحة المرجوحة؛ ومِنْ ثَمَّ مُنعت الذّريعةُ وسُدَّت ترجيحاً لهذا المآل.

فسَدُّ الذّرائع إنَّما يكون تطبيقُها في حال الانتقال من الإباحة إلى الحظر؛ لأنَّ المصلحة التي كانت مَناطا للحِلّ والإباحة قد انخرمت بما سَبَّبه المكلَّفون من إجراء الفعل على خِلاف ما قَصَدَ إليه الشَّارعُ من مصلحة؛ فكان لِزاما -جَرَيَاناً مع معقوليَّة هذه الشَّريعة- أن يَنتقِلَ الحكمُ من الإباحة إلى غيرها؛ حِفاظا على مقصود الشَّارع أنْ يُخرَم.

المطلب الثّاني: الإطلاقات المرادفة لأصل سدّ الذّرائع، والألفاظ ذات الصِّلة به:

للمالكيَّة بعضُ الإطلاقات المرادِفة للذَّرائع الاصطلاحيَّة عندهم؛ فمنْ هذه الإطلاقات التي وَقفتُ عليها:

١ - الوسائل: قال القَرافيّ: «وربَّما عُبِّرَ عن الوسائل بالذّرائع؛ وهو اصطلاح أصحابنا وهذا اللَّفظ المشهور في مذهبنا ولذلك يقولون سدّ الذّرائع»[١].

٢ - الشُّبهة: قال القاضي ابنُ العربيّ: «...وأمَّا المعنى فإنَّ مالكا زاد في الأصول مُراعاةَ الشُّبهة وهي التي يُسمِّيها أصحابُنا الذّرائع»[٢].

وقال القاضي ابن العربيّ: «وأمَّا الشّبهة فهي في ألسنة الفقهاء عبارةٌ عن: كلّ فعل أشبهَ الحرام فلم يكُن منه ولا بعُدَ عنه، ويُسمّيها علماؤنا الذّرائع...»[٣].

بل قد قيل عن مذهب مالك إشارةً إلى سدّ الذّرائع: «ومذهبُه عُمَرِيٌّ؛ سدُّ الحِيَل واتّقاء الشُّبهات»[٤].

فمُراعاة الشُّبهة عند المالكيّة هو منعُ الذّريعة وقطعُها لَّما كانت هذه الذّريعة مُثيرةً لشُبهة التَّوسل بالمأذون فيه إلى الممنوع منه؛ ولفظةُ الشُّبهة تتضمَّن معنى زائدا: وهو أنَّ إفضاء الوسيلة إلى الممنوع لا يكون على سبيل القطع؛ بل إنَّها تدلّ على الإفضاء الذي لم يَرْقَ إلى مرتبة اليقين.

٣ - التُّهَمَة: ومِنْ إطلاقات المالكيّة للذّريعة إطلاقُهم لفظة التُّهَمَة[٥]؛ فيقولون: مُدرك المنع من هذا أنَّ مالكا اتَّهم العاقدين على القصد إلى الرِّبا[٦]؛ وهذا الاصطلاح شَبيهٌ بالاصطلاح السَّابق ورديفٌ له.

---

[١] القرافي، الفروق ٣٢/٢.

[٢] ابن العربيّ، القبس ٧٧٩/٢.

[٣] المصدر السابق ٧٨٦/٢.

[٤] الصاوي، بلغة السالك ١١٧/١.

[٥] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٠٥/ب، المقري، القواعد رقم ٨٧٠.

[٦] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢٢٥/٢.

وممَّا يُنبَّه له في هذا الموضع كذلك أنَّ المالكيّة يُنوِّعون العِبارَةَ عن معنى سدّ الذَّرائع؛ فيقولون: **حماية الذّريعة**[١]، **وحسمُ الذّريعة**[٢]، **ومنعُ الذّريعة**[٣]، **وقطعُ الذّريعة**[٤]، **وقاعدة الذّرائع**[٥].

ومن الألفاظ التي قد تلتبِسُ بسدّ الذرائع اصطلاحُ الحيل؛ لذا سأفردُها بالبيان مُظهِراً وجوه الفرق بينها وبين أصل سدِّ الذَّرائع:

تعريف الحيل:

قال الشَّاطبي عن **قاعدة الحيل**: «**حقيقتها المشهورة: تقديمُ عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعيّ وتحويله في الظَّاهر إلى حكم آخر**، فمآلُ العمل فيها خرمُ قواعد الشَّريعة في الواقع؛ كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزَّكاة؛ فإنَّ أصل الهبة على الجواز ولو مَنَعَ الزَّكاة من غير هبة لكان ممنوعا، فإنَّ كلَّ واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صارَ مآل الهبة المنع من أداءِ الزَّكاة وهو مفسدة؛ ولكن هذا **بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشَّرعيَّة**»[٦].

وسأسوقُ أهمَّ ما يُفرَّق به بين أصلِ سدِّ الذَّرائع وبين قاعدةِ الحِيَل:

الفرق الأوَّل: جهة القصد أو عدم القصد إلى الممنوع:

من أهمِّ خصائص سدّ الذّرائع عدمُ اشتراط القصد إلى الفعل المحظور؛ فسواءٌ في الاعتبار والنَّظر أن يَتقصَّد الفعلَ المحرَّم أو لا يتقصَّد، فالمنع لاحِقٌ به وجارٍ عليه. أمَّا الحيَلُ فإنَّ من أهمّ ما يُميِّزُها أنْ تكون مقرونةً بقصد فاعلِها؛ إذْ لا يُعدُّ في سِلك الحيل الأفعالُ التي لا قَصْدَ لصاحبها إلى إحلال الممنوع؛ وقد تقدَّم قريبا اشتراطُ الشَّاطبيّ في الحيل أن يَقصد إليها المتحيِّل[٧].

---

[١] المقري، القواعد رقم ٩٩٥، المواق، التاج والإكليل ٢٧٠/٦، حاشية العدوي على الخرشي ٥٣/٥، القرافي، الفروق ٢٦٩/٣.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٢٦٧/٦-٢٦٨.

[٣] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦١/١.

[٤] ابن عبد البر، الكافي ٣٢١/١.

[٥] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤.

[٦] المصدر السابق ٢٠١/٤.

[٧] انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

قال علاّل الفاسيّ: «والفرق بين الذّريعة والحيلة: أنَّ الأُولى لا يلزَم أنْ تكون مقصودة، والحيلةُ لا بُدَّ من قصدها للتَّخلُّص من المحرَّم»[١].

والأصلُ الذي لا اختلاف فيه أنَّ مَن قَصَدَ بالذَّريعة المحرَّمَ فقد رَكِبَ الإثم، وأن ذلك حرام من قاصده؛ والذَّرائع إنَّما موضوعُها المنعُ من الوسائل التي يُخشى أنْ تُتَّخَذَ وسائلَ لإحلال المحرَّم، فالنَّظرُ الأَوَليُّ لم يكُن متَّجها إلى خُصوص قُصود النَّاس؛ لأنَّ من النَّاس من يقصد ومنهم من لا يقصد؛ لكن حِمايةً لمحارم الله مُنِعَ الباب وحُسِمَت الذَّريعة لئلاّ يَتَتايَعَ النَّاسُ في هذه الذَّرائع فيتقصَّدون بها الحرام فسُدّ هذا البابُ رأساً.

ولو قُيِّدَ اعتبارُ أصل الذَّرائع بالقُصود لم يكُن لهذا الأصل معنى؛ بيانُه: أنَّ تعليق حكم الذَّرائع بالقُصود يُفضي إلى أن يُجعَل النَّاس طائفتين: الأولى: مَنْ قَصَد إلى الحرام فيُمنع، وهذا متّفق عليه؛ والطائفة الثانية: مَنْ لم يَقصِد إلى الحرام، فلا يُمنَع. وأصلُ الذَّرائع موضوعٌ على خِلاف ذلك، لأن المنع إنما يكون عاما ولا ينظر إلى خصوص الناس؛ لأنَّ العلَّة التي من أجلها مُنِعَت الذَّرائعُ هو خشيةُ تطرُّق النَّاس بهذه الوسائل إلى المحرَّمات.

كذلك فإنَّ النَّظرَ في سدّ الذَّرائع هو نَظرٌ في نتائج المآل؛ فإذا كانت الوسائلُ تُفضي إلى مفاسدَ ناتجة عن المحظور المتذرَّع إليه؛ فإنَّ الباب يحسم ويُمنع؛ بغَضِّ النَّظر عن قصد كلّ فرد[٢].

وهذا الفارِقُ له ارتباطٌ وثيقٌ مع الفرق الثَّاني؛ وهو النَّظرُ العموميُّ في أصل الذَّرائع، والنَّظر الخصوصيُّ في قاعدة الحيل.

الفرق الثّاني: جهة العموم أو الخصوص:

ومن أهمِّ الفوارق التي يُميَّز بها بين سدّ الذّرائع والحيل أنَّ النَّظر في الحيل نظرٌ جزئيّ بآحاد النَّاس وأفرادهم، بينما يكون النَّظرُ في سدّ الذّرائع نظراً كلِّيّا متعلّقا بالعموم؛ والسَّببُ في الخصوصيَّة في باب الحيل أنَّ مَناطَ الحُرمة فيها متعلِّقٌ بالقصد غيرِ المشروع الذي يستبطنُه المُتحيِّل؛ فقصدُه متوجِّهٌ لإبطال مقصدٍ من مقاصد الشَّرع؛ ومَن كان ساعٍ في ذلك فعملُه في

---

[١] علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ١٦١، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣/٢١٤-٢١٥.

[٢] أبو زهرة، مالك ص/٣٢٤-٣٢٦.

ذلك باطلٌ غير مشروع؛ فلزِمَ أنْ يكون المنعُ والإباحة مرتبطتين بمناطهما وهو القَصْدُ، ومحلُّ القصد هو خُصوص الأفراد؛ فثَبَتَ بهذا أنَّ النَّظر في الحيل نظرٌ بالخصوص.

أمَّا سدّ الذّرائع فحكمُها حكمٌ كليٌّ عامّ، فإذا سُدّ بابٌ من الأبواب فإنَّما يُسَدّ على كلّ النَّاس لا على أفراد مُعيَّنين؛ لأنَّ انقداح الخوفِ والخشيةِ من التَّطرق بالوسيلة إلى الممنوع لم يكُن بالنَّظر إلى فرد بحاله؛ بل إنَّما كان بتلمُّح أحوال كثير من النَّاس، فأثار ذلك في نفس المجتهدِ الظَّنَّ الباعِثَ له على منعِ الباب كلِّه وحسم مادَّته وقطعِ وسيلتِه.

قال ابن عاشور في مبحث سدّ الذّرائع: «**ولهذا المبحث تعلق قوي بمبحث التحيل**؛ إلا أنَّ التَّحيُّل يُراد منه أعمال أتاها بعضُ النَّاس في خاصَّة أحواله للتَّخلُّص من حقّ شرعيّ عليه بصورة هي أيضا معتبرةٌ شرعا، حتَّى يُظنّ أنَّه جارٍ على حُكم الشَّرع. وأمَّا الذّرائع فهي ما يُفضي إلى فساد، سواءٌ قصد النَّاس به إفضاءَه إلى فساد أم لم يقصِدوا، وذلك في الأحوال العامَّة. فحصل الفرق بين الذّرائع والحيل من جهتين: (١)**جهة العموم والخصوص**، (٢)**وجهة القصد وعدمه**»[١].

وقال: «وليس القول في سدّ الذّرائع ورعي المصالح المرسلة بأقل أهمية من القول في الرخصة، وتعلقهما بمجموع الأمة **من خواصهما بحيث لا يفرضان في أحوال الأفراد**»[٢].

الفرق الثَّالث: من حيث استلزام إبطال المقصد الشَّرعيّ:

من لوازم باب الحيل أن يتفصَّى عنه إبطالُ مقصد من مقاصد الشَّرع[٣]؛ إذ الباعثُ للمتحيِّل في سُلوك سبيل الحيل هو إبطالُ حكم شرعيّ لازم له أو حقّ ثابت عليه؛ فلو لم تكُن مبطلةً لما كان للحيل من معنى؛ وعليه فإنَّ الحيل لا بُدَّ من كونها مُبطِلةً لمقصد من مقاصد الشَّرع.

أما الذّرائع فلا يلزم منها الإبطالُ؛ لأنَّ الإفضاء في الذَّرائع إلى الممنوع لا يُشترَط فيه القطعُ؛ بل يُكتَفى بالظَّنّ أو ما داناه، وإذا اكتُفِيَ بذلك عُلِمَ قطعا تخلّف إبطال مقصد من

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

[٢] المصدر السابق ٤٠٦.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٢٠١/٤.

مقاصد الشَّرع في كثير من الأفراد؛ وإذا تخلّف في تلك الأفراد ارتفع وصفُ اللّزوم بين الذّرائع وبين إبطال المقصد الشَّرعيّ.

قال ابن عاشور في سياق بيانه للفرق بين الحيل وسدّ الذّرائع: «الحيل المبحوث عنها لا تكون إلاّ مُبطلَة لمقصد شرعيّ، والذّرائع قد تكون مُبطلة لمقصد الشّارع من الصّلاح وقد لا تكون مُبطلة»[١].

وهذا الفرق له بالفرق الأوَّل تعلّق قويٌّ؛ ذلك أنَّ القصد في الحيل إنَّما يتوجَّه إلى إبطالِ مقصد الشَّرع.

المطلب الثَّالث: أهميَّة قاعدة سدّ الذّرائع:

يُعدُّ أصلُ سدّ الذّرائع من أجلِّ الأصول التي لها بالغُ الأهميَّة في باب الاجتهاد بالرَّأي؛ فلئن كان الاستصلاحُ أصلا تشريعيّا لتحصيل المصالح واجتلابها -في العُموم والجملة-؛ فإنَّ سدّ الذّرائع من الأصول الجليلة التي يُتلافَى بها الفَسادُ، ومن الطُّرق الوقائيَّة التي تُنصَبُ لئلاّ يَتورَّطَ الخلقُ في المفاسد التي نهى الشَّرع عنها؛ وإنَّ لذلك لموقعا ذا أهميّة كُبرى في السِّياسة الشَّرعيَّة؛ إذْ إنَّ السِّياسة الحكيمة والإيالة الرَّشيدة تقضي أنْ لا يُنتظَر وُقوعُ الفساد فيسعى لرفعه واجتثاثه؛ وإنَّما يكون الرَّشادُ والحكمةُ بقَطع الطَّريق التي يُتوسَّل بها إلى الفساد؛ لأنَّ منع المبادي أهونُ من قَطْع التَّمادي؛ كما يقول الجوينيّ[٢].

قال الشّيخ محمَّد الخضر حسين: «ولهذه القاعدة المعروفة بسدّ الذّرائع وفتحها فائدةٌ عظيمة، ومدخلٌ في مواقع السِّياسة بديعٌ»[٣].

وهذا الأصل التَّشريعيُّ هو من الأصول التي بُنِيَ عليها التَّشريعُ الإسلاميُّ ذاتُه؛ إذْ عُلِمَ على وجه القطع باستقراء تصرُّفات الشَّارع في أحكامه أنَّ الشَّارع نهى عن بعض التَّصرُّفات والأفعال لا لأنَّها مفاسدُ في ذاتها ولا لكونها مُستلزمة للفساد؛ وإنَّما نهى عنها لما قد يُظنُّ من تتابُع النَّاس في ذلك من انجرارٍ إلى الفساد المنهيِّ عنه؛ فحُسِمَ الطَّريق توقّيا من الفساد قبل حُلوله.

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٥-٣٦٦.

[٢] الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم فقرة: ٢٦٩.

[٣] محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٤.

وقد عدَّ بعضُ المالكيَّة سدّ الذّرائع من خصائص هذه الشَّريعة عن باقي الشَّرائع من حيثُ مبالغتُها في حسم الذّرائع وقطعِها؛ إذ كان البناء على هذا الأصل ولحظُه في التَّشريع اعتياضاً عن التَّشديد والمبالغات في العُقوبات التي كانت في الشَّرائع السَّابقة؛ قال الشَّيخ ابن عاشور رحمه الله مُعلِّقا على قول القَرافي: "الكليَّات الخمس حكى الغزاليُّ وغيره الإجماع من الملل على اعتبارها..": «يعني: أنَّ الخلاف بين الملل في وسائلها، فالمللُ الماضية لم تكُن تسدُّ سائر الذّرائع، وكانت تُشدِّد العقوباتِ، **والإسلام اعتاض عن تشديد العقوبات بسدّ الذّرائع**؛ وذلك أقطعُ للجرائم وأصلحُ للنَّاس وأنسب بالحالة التي بَلغَ إليها البَشَرُ وقتَ تشريع الله تعالى لهم شرعَ الإسلام، قال تعالى: ﴿**إنَّ الدِّين عند الله الإسلامُ**﴾[آل عمران:١٩]»[١].

المطلب الرّابع: صلة سد الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد، وبقاعدة المآل:

الفرع الأوّل: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد:

أصلُ سدّ الذّرائع يُعدُّ شُعبةً من شِعاب قاعدة الوسائل والمقاصد؛ وهي فرعٌ من فروعها، وفَنَنٌ من أفنانها؛ قال الطَّاهر بن عاشور: «وهذه القاعدةُ تندرِجُ تحت قاعدة الوسائل والمقاصد فهذه القاعدة شُعبةٌ من قاعدة: إعطاء الوسيلة حكم المقصد خاصّة بوسائل حصول المفسدة»[٢].

فالنَّظر في الأفعال والتَّصرُّفات يُفضي إلى تقسيم ذلك إلى ما هو من المقاصد التي تُطلَبُ لذاتها، وإلى ما كان من قَبيل الوسائل التي تكون وُصلَةً إلى المقاصد وطريقاً إليها.

فموارِدُ الأحكام على قسمين[٣]:

القسمُ الأوَّل: المقاصد؛ وهي المتضمِّنة للمصالح والمفاسد في أنفسها.

والقسم الثَّاني: الوسائل؛ وهي الطُّرق المفضية إلى المقاصد، وحكمُها حكمُ ما أفضت إليه من وُجوب أو غيره؛ إلاَّ أنَّها أخفضُ رُتبةً في حكمها ممَّا أفضت إليه؛ والوسيلةُ إلى أفضل المقاصد أفضلُ الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبحُ الوسائل، وإلى ما يتوسّط مُتوسِّطة[١].

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ١٦٣/٢، التحرير والتنوير ١٩٥/٣-١٩٦، القرافي، الفروق ٣٣/٤.

[٢] ابن عاشور، التحرير والتنوير ٤٣١/٦-٤٣٢.

[٣] القرافي، الفروق ٣٣/٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، ابن فرحون، تحفة الحكام ٣٦٥/٢، المقري، القواعد رقم ١٤٥، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٧-٢٢٨.

كما ليسَ كلُّ وسيلة يجب سدُّها؛ بل الوسيلةُ كما يجب سدُّها يجبُ فتحُها، وتُكرَه وتُندَب وتُباح، بل قد تكون وسيلةُ المحرَّم غير محرَّمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة[٢].

وممَّا يتعلَّقُ بمبحث الوسائل والمقاصد مسألةُ "فتح الذّرائع"، فإذا كان مَناط سدّ الذّرائع هو لحظُ المفسدة الرَّاجحة الناتجة عن الذّريعة مآلا؛ فإنَّ هذا المنطق يَسْري على لحظ المصالح الرَّاجحة المتفصِّية عن الوسيلة مآلا؛ فينبغي على هذا المنطق أنْ تُفتَح الذّريعة سواء أكانت ممنوعة أو مباحة، ويكون الطَّلبُ فيها على حَسَب رُتبة المقصد[٣].

فالنَّظرُ في مآل الوسائل والموازنة بين المصالح والمفاسد المتفصِّية عنها هو الطَّريق إلى تحديد الحُكم الشَّرعيِّ للوسائل؛ قال حلولو: «إنَّ الشَّيء قد يكون عند تجرّده مُشتملا على مفسدة فيُمنع، ثمَّ إذا أفضى إلى مصلحة راجحة أو اشتمل عليها اضمحلَّت تلك المفسدةُ في نظر الشَّرع وصارَتْ مصلحةً مأمُوراً بها»[٤].

ومن أمثلة ذلك: التَّوسُّل إلى فداء الأُسارى بدَفع المال للحربيّين؛ فدفعُ المال إليهم حرامٌ؛ لأنَّ فيه تقويةً لهم على المسليمن، غيرَ أن هذه الوسيلة المحرَّمة في الأصل ارتَفَع عنها هذا الوَصْفُ؛ لّما أفضت إلى مصلحة راجحة وهي افتكاك المسلمين من الأسر[٥].

وكذلك: دفعُ مال لرجل يأكله حراما حتى لا يرتكب ظُلما بالغير إذا عجز عن دفعه عن الظُّلم إلا بذلك.

فهاتان الصُّورَتان: الدَّفع فيهما وسيلةٌ إلى المعصيَّة، ومع ذلك فهو مأمورٌ به لرُجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة[٦].

---

[١] القرافي، الفروق ٢/٣٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، ابن فرحون، تحفة الحكام ٢/٣٦٥، المقري، القواعد رقم ١٤٥.

[٢] المراجع السابقة.

[٣] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤١، الفروق ٢/٣٣، ابن فرحون، تحفة الحكام ٢/٣٦٥، المقري، القواعد رقم ٢٣١،

[٤] حلولو، التوضيح في شرح التنقيح ٤٠٤-٤٠٥.

[٥] القرافي، الفروق ٢/٣٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤٩، وخرَّج القَرافيّ حُرمة دفع المال للحربيّ على أساس أنَّ الكفَّار مخاطبون بفروع الشَّريعة، فأخذهم للمال حرامٌ عليهم، ودفعُ المسلم له إليهم إعانةٌ على الحرام؛ فكان حَراما. والتَّخريجُ الذي ذكرتُه أحسن.

[٦] القرافي، الفروق ٢/٣٣.

الفرع الثّاني: صلة سد الذرائع بقاعدة اعتبار المآلات:

أصل سدّ الذّرائع من أصول النَّظر في المآل؛ فالمجتهد إنَّما يَحكُم في المسائل التي تعرِضُ له بحكم المنع أو الإباحة أو غيرها من الأحكام بعد النَّظر المليّ في مآل ما يُسفِرُ عنه فعلُ المكلَّف؛ فالفعلُ المشروع في الأصل إذا أدّى في مآله إلى مفسدة تربُو المصلحة التي تنتج عن الفعل في أصله، أو أنَّ ذلك يفوِّتُ مصلحة أعظمَ من مصلحة الأصل؛ فإنَّ البَقاء على أصل المشروعيَّة ممَّا يُناقِضُ معقوليَّة التَّشريع.

وقد جعل الشَّاطبي قاعدة سدّ الذّرائع من القواعد التي تُبنى على أصل اعتبار المآل؛ قال الشاطبي في سِياق تقريره لأصل النَّظر في المآل: «وهذا الأصلُ يَنبنى عليه قواعدُ:

منها قاعدة الذّرائع: التى حكَّمها مالكٌ فى أكثر أبواب الفقه؛ لأنَّ حقيقتها التَّوسُّل بما هو مصلحة إلى مفسدة...»[١].

المطلب الخامس: علاقة سدّ الذّرائع بالمصالح والمفاسد:

إنَّ الأساس الذي يقوم عليه أصلُ منع الذّرائع وحسمِها هو منطقُ التَّوازن بين المصالح والمفاسد؛ فالذّرائع التي يجب سدُّها هي الذّرائع التي غَلَبَ فيها فسادُ مآلها ورجح على مصلحة أصلها؛ ومأخَذُ هذا الأصل هو الشَّرعُ نفسُه؛ قال ابنُ عاشور: «فاعتبار الشَّريعة بسدّ الذّرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدةِ المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذّريعة الواجبُ سدُّها»[٢].

فإذا تُؤُمِّلت الذّرائعُ التي قال العُلماء بوجوب سدها وبين الذّرائع التي قالوا بعدم سدها تجلَّى مناطُ سدّ الذّرائع؛ فقد قالوا إنَّ حفر الآبار في الطُّرق ممَّا يحرُم الإقدام عليه سدّا للذّريعة؛ ذلك أنَّ مصلحة حفر البئر الأصليَّة هي الانتفاعُ بالماء، وقد عارضتها مفسدةٌ تربو عليها؛ إذْ حفرُ البئر سيتسبَّبُ بتردّي كثير من المسلمين فيها؛ فرجحت مفسدةُ المآل على مصلحة الأصل؛ فسُدَّت الذّريعة لذلك[٣].

وفي المقابل نجد أنَّ العلماء اتَّفقوا على جواز التَّجاور في البيوت؛ مع أنَّ في التجاوُر مظِنَّةَ الزّنا والاطِّلاع على العورات وهذه مفسدةٌ ولا شكّ؛ غيرَ أنَّ هذه المفسدة قد عارضتها

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨-٢٠٠.

[٢] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٦.

[٣] المصدر السابق ٣٦٧.

مصلحةُ الأصل وأربت عليها؛ فإنَّه لو مُنِعَ التَّجاور لكان منعه مفضٍ لحرج عظيم يقرُب ما لا يُطاق، فهو حاجيّ قويٌّ للأمَّة، على أنَّ ما يؤول إليه التَّجاوُرُ من الزِّنا بعيد[١].

قال ابن عاشور عن وجه الاعتداد ببعض الذّرائع دون بعض: «ما هو عندي إلاَّ التَّوازُن بين ما في الفعل —الذي هو ذريعة- من المصلحة، وما في مآله من المفسدة. فيرجع الأمر إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد...فما وَقَع منعُه من الذّرائع قد عظُم فيه فسادُ مآلِه على صلاح أصله؛ مثلُ حفر الآبار في الطّرقات. وما لم يقَع منعُه قد غلب صلاحُ أصله على فساد ملآله؛ كزراعة العنب»[٢].

فكلُّ فعل أفضى إلى المحرَّم كثيرا، ولم يكُن فيه مصلحةٌ راجحة شرعيَّة، وكانت مفسدتُه هي الغالبة؛ حرَّمه الشَّارع قطعا ونهى عنه؛ أمَّا إذا كانت مصلحتُه أرجحَ من مفسدته رجحت مصلحتُه؛ وهذا أصل مطَّردٌ في أصول الشَّريعة[٣].

ومن أمثلة ذلك في الشَّرع: أنَّه نُهِيَ عن الخلوة بالأجنبية، لكنْ لَّما كانت الحاجة تدعو إلى النَّظر إلى المخطوبة خصّ ذلك بالإباحة؛ لمصلحة الإباحة على المفسدة التي كانت سببَ التَّحريم. ثمَّ كانت الإباحة مختصَّة بما تدعو إليه الحاجة لأنَّها سبب الإباحة فخصّت الإباحة به[٤].

الاعتراض على ابن تيمية:

وقد رأيتُ لابن تيميَّة عزوَه لمالك أصلا يُعارض هذا الذي تقدَّم ذكره؛ فإنَّه قال رحمه الله في معرض تناوله لمسألة الصَّلوات ذوات الأسباب وقتَ النَّهي-: «ما كان منهيًّا عنه لسدّ الذّريعة لا لأنَّه مفسدة فى نفسه يُشرع إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولا تُفوَّتُ المصلحة لغير مفسدة راجحة...وهذا أصلٌ لأحمدَ وغيرِه في أنَّ ما كان من باب سدّ الذّريعة إنَّما يُنهى عنه إذا لم يُحتَج إليه، وأمَّا مع الحاجة للمصلحة التى لا تحصل إلاَّ به وقد ينهى عنه؛ ولهذا يُفرّق فى العقود بين الحيل وسدّ الذّرائع فالمحتال يقصد المحرَّم فهذا ينهى عنه، وأمَّا الذّريعة فصاحبُها لا يقصد المحرَّم لكن إذا لم يحتج إليها نهي عنها، وأمَّا مع الحاجة فلا.

وأمَّا **مالك فإنَّه يُبالغ فى سدّ الذّرائع حتَّى ينهى عنها مع الحاجة إليها**»[١].

---

[١] المصدر السابق ٣٦٧.

[٢] المصدر السابق ٣٦٧.

[٣] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٤/٤٦٥.

[٤] المصدر السابق ٤/٤٦٥.

وتحصَّل لي في النَّظر في كلام الإمام ابنِ تيميَّة أنَّه بَنَى هذا الحكم على جملة فروع فقهيَّة تدُلُّ على ما عزاه لمالك من المبالغة في سدّ الذّريعة مع ترجّح مصلحة الذّريعة على المآل الممنوع:

فإنَّه قال ما قال في معرض تناوله لمسألة الصَّلوات ذوات الأسبباب في وقت النَّهي، فالصَّلاةُ لله فيه ليس فيها مفسدة بل هى ذريعةٌ إلى المفسدة؛ لئلاَّ يُتشبَّه بالمشركين فيُفضي الأمر إلى الشِّرك، فإذا تعذَّرت المصلحة إلاَّ بالذّريعة شُرِعَت؛ وعليه فإنَّ الصَّلواتِ ذوات الأسباب تفُوتُ بخروج الوقت فتُشرَعُ تغليبا لمصلحتها، ويُحمَلُ النَّهي على التَّنفُّل المطلق فإنَّه ليس فى المنع منه مفسدةٌ ولا تفويتُ مصلحة لإمكان فعله فى سائر الأوقات[٢].

فبَنَى ابن تيميَّة على منع مالك الصَّلوات ذوات الأسباب وقتَ النَّهي-: أنَّه يُبالِغُ في سدّ الذّرائع حتى ولو ترجَّحت مصلحةُ الأصل؛ وممَّا يُعترض على الإمام ابنِ تيميَّة أنَّ الدَّعوى أوسعُ من الدَّليل المستدلِّ به؛ إذْ قد يكون مُدرَكُ مالك في هذه المسألة معنى زائداً اقتضى تغليب جانبِ المنع على جانب الإذن؛ وعليه فإنَّ تعميم هذا الحُكم وجعله أصلا في مذهب مالك ممَّا يُنظَر فيه.

ثمَّ يُقال إنَّ الفرع الذي استدلَّ به الإمام ابن تيميَّة هو من باب العبادات؛ وقد عُلِمَ أنَّ مذهب مالك فيه تغليبُ جانب التَّعبد والتوقيف والاحتياط وعدم الالتفات إلى المعاني المصلحيَّة؛ وعليه فإنَّ توسُّع مالك في إعمال سدّ الذّرائع في أبواب العبادات يختلف عنه في إعماله في أبواب المعاملات؛ لتغليب التَّعبُّد والتَّوقيف في الأوَّل، وترجيح الحلِّ والإذن في الثَّاني.

وفي خُصوص المسألة -وهي الصَّلوات ذوات الأسباب في أوقات النَّهي- يُقال إنَّ النَّهي الوارِدَ أرجحُ من النَّدب الوارِد في خُصوص تلك العبادات؛ تغليبا للتَّحريم على التَّحليل.

النَّظر في سدِّ الذَّرائع نظرٌ متجدِّد:

وتأسيساً على ما سبق من انبناء منع الذَّرائع على ترجّح مفسدة المآل؛ فإنَّ ما مُنع للذّريعة نظرا للمآل الممنوع؛ قد ينقلب فيه السدُّ فتحاً لارتفاع مناط السَّدّ وهو المفسدة؛ فلو أنَّ ما سُدّ

---

[١] ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣/٢١٤-٢١٥.

[٢] المصدر السابق ٢٣/٢١٤.

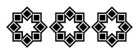
ذريعةً قد تغيَّر في وقت لاحِق مناطُه بأنْ انتفت المفسدة-: فإنَّ البقاء على حكم المنع يُعدُّ تناقضا غير سائغ؛ إذ لا يصحُّ عند العقلاء بقاءُ الحكم مع انتفاء مُقتَضيه.

وعلى هذا فينبغي أن تُفهَمَ أقوال الفقهاء في ضمن النَّسق الزَّمنيّ والتَّاريخيّ والعادات التي كانت غالبة في تلك الأزمان، ومن النُّكوص عن الفقه الحقِّ طردُ الأحكام المبنية على فساد عارض أو عادة -ومن طبيعة العادات أن لا يلزم منها الاطراد- من غير نظر إلى مدى تحقق مناط الحكم فيها أو لا:

فمثلا مذهبُ مالك في قدر الجِزَى أنْ يُجعَل على العنويّ أربعةُ دنانير شرعيَّة إن كان من أهل الذَّهب، أو أربعون درهما على كلٍّ واحد إنْ كان من أهل الورق كلَّ سنة من السِّنين القمرية، تُؤخَذُ منه آخرها لا أوَّلها. **ولا تجوز الزيادة على ذلك**[١].

وقد فسَّر بعضُ المالكيّة المنعَ من الزِّيادة على هذا القدر بسد الذّريعة؛ لَما يُخشى من ظُلم أهل الذِّمة والحيف في الزِّيادة على هذا القدر؛ قال الصَّاوي: «لا تجوز الزِّيادة على ذلك...لما رواه مالك عن نافع عن أسلم مولى عمر بن الخطاب: "أن عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعين درهما"؛ **وما ورد من زيادة عمرَ على ذلك القدر مَنعَه مالكٌ لكثرة الظّلم الآن سدّا للذّريعة»**[٢].

فسبب المنع مُتعلِّقٌ بظَرف إنْ زال زال الحكمُ معه؛ وليس من الفقه البتَّةَ أنْ يُجعل الحكمُ عامّا مطَّردا؛ دون لحظ للمعنى الذي أُسِّس الحكم عليه؛ فلو أُمِنَ الظُّلم مثلا واستدعت المصلحة الزِّيادة على القدر الوارِد عن عمرَ بنِ الخطَّاب ﷺ كان ذلك سائغا جائزا؛ ولا وجهَ لمنعه. وعلى هذا النَّسق تجري الأحكامُ التي بُنِيَت على أساس لحظ الفساد العارِض.



[١] الدردير، الشرح الصغير ٢/٣١٠-٣١١.

[٢] الصاوي، بلغة السالك ٢/٣١١.

المبحث الثاني:

سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وموجهات العمل به، ومجالاته

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: حجية أصل سد الذرائع في المذهب المالكي.

المطلب الثَّاني: تقسيمات المالكية للذَّرائع وحكم كلّ قسم.

المطلب الثَّالث: مُوجِّهاتُ العمل بأصل سد الذرائع.

المطلب الرَّابع: مجال إعمال أصل سد الذرائع.

المطلب الأوّل: حجية سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ:

الفرع الأول: إثبات حجيَّة أصل سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ:

أصلُ سدّ الذّرائع من أصول مذهب مالك المتَّفق عليها بين أهل المذهب؛ ولم أقف على أحد عزا للمالكيَّة أو لإمامهم خلافَ ذلك؛ فهذا الأصلُ أصلٌ إجماعيّ في المذهب. والنُّصوص في المذهب التي نَسَبَتْ هذا الأصلَ لمالك ومذهبه كثيرةٌ مُستفيضة؛ منها:

قال ابنُ عبد البر: «...وقطع الذّرائع عنده واجبٌ..»[١]، وقال القاضي أبو الوليد الباجيُّ: «ذهب مالكٌ رحمه الله إلى المنع من الذّرائع»[٢].

وقال ابنُ رُشدٍ الجدُّ: «ومذهبُ مالك رحمه الله القضاءُ بها والمنع منها»[٣].

وقال القرطبي: « سدّ **الذّرائع...هو أصل عظيم** لم يظفر به إلاَّ مالك بدقة نظره، وجودة قريحته»[٤].

وقال القَرافيُّ: «فمتى كان الفعل السَّالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة منع مالكٌ من ذلك الفعل في كثير من الصّور»[٥].

وقال المقّريّ التِّلمسانيُّ: «قاعدة: أصلُ مالك حماية الذّرائع ...»[٦].

وقال الشَّاطبيّ: «قاعدة الذّرائع التى حكَّمها مالك فى أكثر أبواب الفقه»[٧].

وقال ابن فرحون: «وهو مذهب مالك رحمه الله»[٨].

وقال العَدَويُّ: «من القواعد التي انبنى عليها المذهبُ سدّ الذّرائع»[٩].

---

[١] ابن عبد البر، الكافي ٣٢١/١.

[٢] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٣، الزركشي، البحر المحيط ٩٠/٨.

[٣] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦١/١.

[٤] القرطبي، المفهم شرح ملخص صحيح مسلم ٤٢٥/٣، الزرقاني، شرح الموطأ ٤٣٧/٢.

[٥] القرافي، الفروق ٣٢/٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤٨.

[٦] المقري، القواعد رقم ٩٩٥.

[٧] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤.

[٨] ابن فرحون، تحفة الحكام ٣٦٤/٢.

[٩] حاشية العدوي على الخرشي ٥٣/٥.

وعُدَّ مذهبُ مالك مذهباً عُمريّا لانبنائه على أصل سدّ الذّرائع؛ قال بعضُ أهل المذهب عن مالك: «ومذهبُه عمريٌّ؛ سدّ الحيل واتّقاء الشُّبهات»[١].

ومسائل مالك التي صرَّح فيها تنصيصا بمُدرَك سدّ الذّرائع كثيرةٌ؛ أسوق في هذا المقام مسألتين من كتاب "الموطأ":

المسألة الأولى:

قال مالك في الموطأ: «مَنْ راطَلَ ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذَّهبين فضلُ مثقالٍ فأعطى صاحبَه قيمتَه من الورق أو من غيرها فلا يأخُذه؛ **فإنَّ ذلك قبيحٌ وذريعة للرِّبا؛** لأنَّه إذا جاز له أن يأخذ المثقالَ بقيمته حتَّى كأنَّه اشتراه على حِدَته جاز له أنْ يأخذ المثقال بقيمته مراراً؛ لأنَّه يُجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه. قال مالك: ولو أنَّه باعه ذلك المثقالَ مُفرَدا ليس معه غيُره لم يأخُذ بعُشْر الثَّمن الذي أَخَذَه به؛ لأنْ يجوز له البيع؛ **فذلك الذّريعة إلى إحلال الحرام والأمرِ المنهيّ عنه»**[٢].

مُقتضى كلام مالك أنَّ مَنْ راطَلَ ذهبا بذهب فإنَّه لا يجوز أنْ يكون مع أحد الذَّهبين ورقٌ أو عرضٌ أو غيرُ ذلك؛ ويكون العرضُ أو غيرُه في مُقابلة زيادةِ أحد الذَّهبين على الآخر؛ كما لو دَفَعَ إليه دينارين بدينار ويُرْفِقُ مع الدِّينار ثوبا أو طعاما أو ورقا أو غيرَ ذلك ليكون في مُقابلة الدِّينار الآخر؛ فإنَّه لا يجوز ذلك، ومَنَعَ منه مالك **لأنَّ هذا العقد ممنوع للذّريعة إلى الحرام الذي لا يجوز.**

وتفسيرُ وجه الذّريعة التي نصَّ عليها مالك: أنَّه إذا باع دينارا رديئا بدينارين جيِّدين وعَلِمَ أنَّه لا يصحّ أنْ يُعطيه بذلك الدِّينار نصفَ دينار جيِّد جَعَلَ مع الدِّينار ما يُساوي أكثرَ من الدِّينار الجيِّد مراراً وجَعَلَه ثَمَنا للدِّينار الجيِّد؛ **فيكون في الظَّاهر قد أعطاه دينارا رديئا بدينار جيِّد وأعطاه السِّلعة بالدِّينار الآخر الجيِّد، وهو في الحقيقة إنَّما أعطاه الدِّينار الرَّديء بِنصف دينار جيِّد وأَخَذَ السِّلعة بدينار ونصف من الذَّهب الجيِّد، وهذا ممَّا لا يحلُّ ولا يجوز؛** ولذلك قال مالك: «ولو أنَّه باعه ذلك الدِّينارٍ مُفرَدا لم يأخذه بعُشر الثمن» يعني: أنَّ ذلك الدِّينار

---

[١] الصاوي، بلغة السالك ١/١١٧.

[٢] مالك بن أنس، الموطأ ٢/٦٣٨.

الرَّديء الذي مع السِّلعة لو باعه مُفرَدا لم يُعطه به الدِّينار الجيِّد من الدِّينارين؛ وإنَّما أضاف إليه السِّلعةَ ليُتوصَّل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيِّد بدينار رديء[١].

المسألة الثَّانية:

قال مالكٌ في الذي يشتري الطَّعام فيكتاله ثمَّ يأتيه من يشتريه منه فيُخبر الذي يأتيه أنَّه قد اكتاله لنفسه، واستوفاه فيُريد المبتاع أنْ يُصدِّقه ويأخذه بكَيْله-: «إنَّ ما بِيعَ على هذه الصِّفة بنقد فلا بأس به، وما بِيعَ على هذه الصِّفة إلى أجل فإنَّه مكروهٌ حتَّى يَكتالَه المشتري الآخر لنفسه؛ **وإنَّما كره الذي إلى أجل لأنَّه ذريعة إلى الرِّبا**، وتخوّف أنْ يُدارَ ذلك على هذا الوَجه بغير كيل ولا وزن، فإنْ كان إلى أجل فهو مكروه، ولا اختلاف فيه عندنا»[٢].

فشراءُ الطَّعام بالنَّقد إذا رضي المبتاعُ أن يُصدِّق البائع في كيله أو وزنه فإنَّه جائز؛ وإنَّما كره ذلك إذا بِيع بالتَّأخير والنَّساء دون النَّقد؛ خوفَ أنْ يكون المبتاعُ تجَوَّزَ في بعض الكيلِ لَما عليه من الدَّين رَجاءَ التَّأخير بعد الأجل؛ فيكون ذلك من وَجْهِ هديَّة المديان، ومَن ابتاع بنقد فقد سَلِمَ من ذلك[٣].

الفرع الثَّاني: مدى اختصاص مالك بأصل سدِّ الذَّرائع:

وممّا نُسِبَ لمذهب مالك التّفرّدُ به من قواعد الأصول القولُ بسدّ الذّرائع، ومن الذين نسبوا له هذا التَّفرُّد القاضي ابنُ العربيّ؛ في مواضع عديدة من كتبه؛ قال: «زاد مالكٌ في الأصول مراعاة الشّبهة؛ وهي التي يسمّيها أصحابنا الذّرائع...والمصلحة... ولم يساعده على هذين الأصلين أحدٌ من العلماء، وهو في القول بهما أقوم قيلاً، وأهدى سبيلاً»[٤].

وقال: «الذّرائع ومعناه:...وهي مسألةٌ انفرد بها مالك دون سائر العلماء»[٥].

---

[١] الباجي، المنتقى ٤/٢٧٧.

[٢] مالك بن أنس، الموطأ

[٣] الباجي، المنتقى ٥/٧٤.

[٤] ابن العربيّ، القبس ٢/٧٧٩.

[٥] ابن العربيّ، القبس ٢/٧٨٦.

غيرَ أنَّ ابن العربيّ في موضع من "أحكام القرآن" عزا مُوافقةَ أحمدَ في بعض الروَّايات عنه لمالك في القول بسدّ الذّرائع؛ قال: «قال علماؤنا: الذّرائع الّتي انفرد بها مالكٌ، وتابعه عليها أحمدُ في بعض رواياته ، وخَفيَت على الشّافعيّ وأبي حنيفةَ مع تبحّرهما في الشّريعة»[١].

هذا؛ وقد قرَّر غيرُ واحد من العلماء كأبي العبَّاس القُرطبيّ والقَرافي أنَّ هذا الأصل ليس من مُفرَدات مذهب مالك، بل إنّ المذاهب الأخرى قائلةٌ به، وبانيةٌ لكثير من تفريعاتها عليه، غيرَ أنّ المالكيّة احتفوا بهذا الأصل احتفاءً زائداً -بالمقارنة مع غيرهم-، فبَنَوْا عليه فروعا عديدةً، خاصّة في بيوع الآجال، قال أبو العبّاس القرطبيّ: «وسدّ الذّرائع ذهب إليه مالكٌ وأصحابه، وخالفه أكثرُ النّاس تأصيلاً، وعمِلوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً»[٢].

وقال القرافيّ: «ويُحكى عن المذهب المالكيّ اختصاصُه بسدِّ الذّرائع؛ وليس كذلك بل منها ما أجمع عليه»[٣].

وقال -بعد نفيه انفرادَ مالك بهذا الأصل-: «حاصِلُ القضيّة أنّا قُلنا بسدّ الذّرائعِ أكثرَ من غيرنا؛ لا أنّها خاصّةٌ بنا»[٤]، وقال: «فليس سدّ الذّرائع خاصّا بمالك رحمه الله بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدِّها مُجمَعٌ عليه»[٥].

والذي لا ينبغي أنْ يُختَلف فيه أنَّ أحمدَ رحمه الله من الأئمَّة الذين أَعموا سدّ الذّرائع إعمالا كثيرا فهي من أصول مذهبه[٦]؛ ودون النَّاظر ما كتبه ابنُ قيِّم الجويزية في "أعلام الموقعين" وشيخُه ابنُ تيميَّة في "بيان الدليل في بطلان التعليل" فهي شاهدة على مدى أخذ الحنابلة بأصل سد الذرائع.

---

[١] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/٢٦٥.

[٢] الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٠.

[٣] القرافي، الفروق ٣/٢٦٦، وانظر: الفروق ٢/٣٢، ونقل الزركسي ذلك عنه ٨/٩٠.

[٤] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٥٣.

[٥] القرافي، الفروق ٢/٣٣.

[٦] ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٤/٤٣٤، المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/٣٨٣١.

أمَّا الإمام الشَّافعيّ فقد اضطرب أهلُ مذهبه فيما يعزا إليه في ذلك؛ فمنهم مَن عزا له بعضَ صُور المنع من الذّرائع، ومن الشَّافعيَّة من انتفى أن يكون القولُ بالذّرائع مذهبا له؛ كما تقدَّم عن التَّقيّ السّبكيّ وابنه التَّاج[1].

وعليه فإنَّ هذا الأصل ليس من مُفرَدات مالك، وإنَّما كان لمالك مزيدُ اعتناء بهذا الأصل.

المطلب الثّاني: تقسيمات المالكيّة للذَّرائع وحكم كلِّ قسم:

الذَّرائعُ عند المالكية ليست على رُتبة واحِدة، وإنَّما هي رُتَبٌ مختلفة، ويختلفُ الحكمُ فيها بالسَّدِّ وعدمِه بحسب المرتبة التي وَقَعَت فيها؛ وللمالكيَّة تقسيماتٌ مُختلِفَةٌ أُورِدُها في هذا الموضع:

التَّقسيم الأوَّل: تقسيم القرطبيّ:

قال أبو العبَّاس القُرطبيّ في بيان أقسام الذّرائع-: «اعلم أنّ ما يُفضي إلى الوُقوع في المحظور:

(١) إمَّا أن **يلزم منه الوُقوع قطعا** أوْ لا،

والأوَّل ليس من هذا الباب، بل من باب ما لا خَلاصَ من الحرام إلاَّ باجتنابه ففِعلُه حرامٌ؛ من باب ما لا يتمُّ الواجب إلاَّ به فهو واجب.

والذي **لا يلزم: إمَّا أن يُفضي إلى المحظور:**

(١)غالبا أو (٢)ينفكّ عنه غالبا أو (٣)يتساوى الأمران؛ **وهو المسمى بـــ "الذّرائع" عندنا:**

فالأول: لا بُدَّ من مُراعاته؛

والثَّاني والثَّالث: **اختلف الأصحابُ فيه؛ فمنهم من يُراعيه، ومنهم من لا يراعيه، وربَّما يُسمِّيه التُّهَمَة البعيدة والذّرائع الضَّعيفة»**[2].

والذي يتحصَّل من تقسيم الذّرائع عند الإمام أبي العبَّاس القُرطبيّ:

---

[1] العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع ٣٩٩/٢، الزركشي، البحر المحيط ٩٣/٨.

[2] الزركشي، البحر المحيط ٩٠/٨.

أوَّلا: أنَّ الوسائل المستلزمة للمفسدة لا دخلَ لها في مسمَّى الذّرائع؛ وإنَّما تدخل هذه الوسائلُ في مبحث ما خَلاص من الحرام إلاَّ به ففعله حرام؛ من باب ما لا يتمُّ الواجب إلا به فهو واجب.

وعليه؛ فإنَّ الذّرائع بمفهومه الاصطلاحيّ لا يدخُل فيها إلاَّ الوسائل التي لا تستلزم المحظور استلزاما قاطِعاً.

ثانيا: أساسُ القسمة في تقسيم القُرطبيّ هو مِعيارُ كثرة الإفضاء إلى المحظور وقلَّته؛ فالذّرائع -حسَبَ هذا التَّقسيم- ثلاثةٌ: ما أفضت إلى المحظور غالبا، أو نادرا، أو يتساوى فيه الإفضاء وعدمه.

ثالثا: حكمُ ما أفضى إلى المحظور غالبا عند المالكيَّة هو المنع اتِّفاقا؛ أمَّا ما أدَّى إليه كثيرا لا غالبا أو بالتَّساوي مع عدم الإفضاء فوَقَعَ الخلافُ بين المالكيَّة في ذلك؛ فمنهم من منع الذَّريعة ومنهم مَنْ لم يَمنع.

رابعا: ينبغي أن يُحمَل قولُ القرطبيّ: «ينفك عنه غالبا» وحكايته الخلاف بين المالكيَّة في هذه الرُّتبة-: على ما كان أداؤه للممنوع كثيرا لا غالبا، وفرْقٌ بين هذه الرّتبة وبين ما لا يقع إلا نادرا بحيث لا يوصف بأنَّ وقوعه كثيرٌ، فهذه الرّتبة ممَّا أجمع العلماءُ ومنهم المالكيَّة على عدم الاعتداد بها؛ وعليه فإنَّ تقسيم أبي العبَّاس أهمل مرتبةً وهي ما كان وقوعُ الممنوع نادرا لا كثيراً؛ ولعلَّ إهماله لها لمكان ظهور عدم اعتبارها.

التَّقسيم الثاني: تقسيم القرافيِّ ومن جرى على منواله:

ومن التَّقسيمات المشهورة للذَّرائع تقسيمُ القَرافيّ؛ قال في الفروق في الفرق الرَّابع والتِّسعين والمائة: «اعلم أنَّ الذّريعة هي الوسيلة للشَّيء وهي ثلاثةُ أقسام:

منها: ما أجمع النَّاس على سدِّه؛

ومنها: ما أجمعوا على عدم سدِّه؛

ومنها: ما اختلفوا فيه؛

فالمجمعُ على عدم سدِّه: كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتَّجاوُر في البيوت خشيةَ الزِّنا فلم يمنع شيءٌ من ذلك، ولو كان وسيلة للمحرَّم.

وما أُجمِعَ على سدِّه: كالمنع من سبِّ الأصنام عند مَنْ يُعلم أنَّه يسبّ الله تعالى حينئذ، وكحفر الآبار في طُرق المسلمين **إذا علم** وقوعَهم فيها أو **ظنّ**، وإلقاءُ السُّمِّ في أطعمتهم **إذا عَلِمَ أو ظَنَّ** أنَّهم يأكلونها فيهلكون؛

والمختلف فيه: كالنَّظر إلى المرأة؛ لأنَّه ذريعة للزِّنا، وكذلك الحديثُ معها، ومنها بيوعُ الآجال عند مالك رحمه الله»[١].

هذا تقسيمُ القرافيّ وتبعه غيرُ واحد من علماء المذهب المالكيّ[٢]؛ والذي يُستخلَصُ من هذا التَّقسيم جملةُ أمور:

أوَّلا: الذي يُعطيه النَّظرُ -بادئ الرأي- أنَّ أساس هذا التَّقسيم هو النَّظرُ في مَدى الاتِّفاق والاختلاف في منع الذّريعة المفضية إلى المفسدة؛ إذْ قسَّم القرافيّ الذّرائع إلى ما أجمع على سدّه، وما أجمع على عدم سدّه، وما وقع فيه اختلافٌ في السّدِّ أو عدمه. غيرَ أنَّ إنعام النَّظر في ذلك يُفضي إلى أنَّ هذا لا يُعتبر مِعيارا للتَّقسيم، لأنَّ التَّقسيم على حسب الاتِّفاق والاختلاف هو تقسيمٌ على حسب النّتيجة الآيل إليها التقسيم بالاعتبار الحقيقيّ.

وعليه؛ فالظَّاهرُ أنَّ المعيار الذي لحظه القرافيُّ في تقسيمه المتقدِّم هو مدى العلم بإفضاء الوسيلة إلى المفسدة المنهيّ عنها:

فما كان فيه الإفضاءُ قطعيّا أو ظنيّا؛ فإنَّ الوسيلة تُمنع؛ كالمنع من سبّ الأصنام عند من يعلم أنه يسبّ الله تعالى، وكحفر الآبار في طرق المسلمين **إذا علم** وقوعهم فيها أو **ظن**، وإلقاء السم في أطعمتهم **إذا علم أو ظن** أنهم يأكلونها فيهلكون.

وما كان الإفضاءُ فيه وهميّا أو نادرا فلا مَنع من الوسيلة ولا سدّ فيها؛ كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر والتجاوُر في البيوت خشيةَ الزّنا فلم يمنع شيءٌ من ذلك، ولو كان وسيلة للمحرم.

---

[١] القرافي، الفروق ٣/٢٦٦، القرافي، الفروق ٢/٣٢.

[٢] ابن فرحون، تحفة الحكام ٢/٣٦٥، وابن حسين، تهذيب الفروق ٣/٢٧٤، الخرشي، شرح خليل ٥/٩٢، الصاوي، بلغة السالك ٣/١١٦-١١٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٥-٢٢٧.

وحيثُ كان الإفضاء متردِّدا بين المنـــزلتين السَّابقتين فإنَّ العلماء اختلفوا؛ فقال مالك بالسّدِّ ومنع الآخرون، على حَسَب ما بيَّنه القرافي. كالنَّظر إلى المرأة؛ لأنَّه ذريعة للزنا، وكذلك الحديث معها، ومنها بيوع الآجال عند مالك رحمه الله.

وقد فسَّر ابنُ عاشور في حواشيه على شرح تنقيح الفصول[١] تقسيمَ القرافي على نحو ما قدَّمتُه الآن.

كما أنَّ المقَّريَّ في "القواعد" قسَّم الذّرائع إلى ثلاثة أقسام وجعل معِيار القسمة قُربَ الوُقوع وبُعدَه؛ والقربُ والبعد في الوقوع هي عبارة مُرادفة لرتبة العلم بكثرة الوُقوع وقلته؛ قال المقَّريُّ: «الذّرائع **القريبة جدا**...معتبرة إجماعا، كحفر بئر في طريق.

والبعيدة كذلك ملغاة إجماعا، كزراعة العنب.

وما بينهما معتبر عند مالك، كإعاد الجماعة في مسجد له إمام راتب، وبيوع الآجال. ملغى عند الجمهور»[٢].

هذا؛ وإنَّ للشَّيخ ابن عاشور رأيا آخر في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية؛ حيث إنَّه جعل الأساس الذي بُنِيَ عليه تقسيم القرافيّ هو **الموازنة بين المصالح والمفاسد**؛ فما رجح فيه مآلُ فساده مُنعَ، وما غَلَب فيه مصلحة أصله لم يُمنع، وما وقع فيه الاختلاف فبحسب الاختلافِ في التَّرجيح بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل[٣].

والذي يظهَرُ في هذا المقام أنَّ بين الاعتبارين تواشُجا وتعلُّقا؛ إذْ إنَّ المعيار الثَّاني هو مكمِّلٌ للمعيار الأوَّل، فمُقتضى المعيار الأوَّل النَّظرُ إلى جهة الفساد المتفصِّي عن الوسيلة من حيثُ العلم بالإفضاء؛ وهذا هو النَّظرُ الأوَّل قبلَ عمليَّة الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ إذ من الخطأ أن يُوازَن بين مصلحة متحقّقة ومفسدة متوهَّمة؛ لهذا كان هذا الاعتبار مُقدَّما؛ ثمَّ يُبتدَأ بعد ذلك في عمليَّة الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ وهي الموازنةُ بين مصلحة الوسيلة ومفسدة مآلها بالاعتبارات المختلفة؛ فما كانت فيه مفسدةُ المآل أرجحَ سُدَّت الوسيلة ومُنعت، وما جَرَى فيه ترجيحُ مصلحة الوسيلةِ على مفسدة المآل خُلِّيَت الوسيلة و لم يكُن فيها منعٌ ولا قطع؛

---

[١] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٤-٢٢٥.

[٢] المقري، القواعد رقم ٢٢٩.

[٣] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٦-٣٦٧.

ومعلومٌ أنَّ عمليَّة الموازنة ممَّا قد يقعُ فيها الاختلافاتُ بين المجتهدين والتَّبايُنات في وُجهات النَّظر؛ وهذا الذي يُفسِّرُ القسمَ الذي جرَى فيه الاختلافُ بينهم.

وممَّا ينبغي التَّنبيهُ إليه في هذا الموضع أنَّ مراتِبَ الإفضاء إلى المفسدة ومراتبَ العلم بالإفضاء متَّصلان ومتلازِمان؛ فمرَّة يُعبَّر عن هذا بذاك ومرَّة بهذا عن ذاك. ووجهُ هذه الصِّلة أنَّ كثرة الإفضاء وقلَّته هي مَناطُ مراتب العلم بالإفضاء:

فما كان الإفضاء طرديّا فمرتبةُ العلم هي القطعُ؛ وما كان فيه الإفضاءُ غالبا فمرتبةُ العلم هي الظَّنّ؛ وما كان فيه الإفضاءُ نادرا فمرتبةُ العلم هي الوهم؛ وما كان الإفضاءُ كثيرا لا غالبا فهو متردِّدٌ بين المرتبتين السَّابقتين.

والذي يُستخلَصُ من هذه التَّقسيمات مايلي:

أوَّلا: أوَّلُ نظر يجِبُ أنْ يُلقى فيما كان من الوسائل مُفضية إلى المفاسد هو النَّظر إلى كثرة وُقوع المفسدة عن الوسيلة وقلّة ذلك؛ وهذا ما يتعلَّق بمراتب العلم كما تقدَّم للتَّوِّ. وتحصَّل أنَّ ذلك على أربع مراتبَ:

المرتبة الأولى: الوسيلةُ المفضية إلى المفسدة طرديّا؛ وهذه المرتبة ممَّا اختلف العلماء في إدراجها في مسمَّى الذّرائع؛ كما تقدَّم، وهو خلاف في الاصطلاح فلا يضرّ إذا بُيِّن وعُلِم؛ والأوْلى أن لا تدخل في الذَّرائع.

المرتبة الثَّانية: الوسيلة المفضية إلى المفسدة غالبا بحيث يحصُل الظَّنّ بالإفضاء.

المرتبة الثَّالثة: الوسيلة المفضية إلى المفسدة نادِرا بحيث يكون مرتبة العلم بالإفضاء هي الوهم.

المرتبةُ الرَّابعة: الوسيلةُ المفضية إلى المفسدة كثيرا؛ لا غالِبا ولا نادِرا.

ثانيا: وبعد أنْ يستبين المجتهدُ موقعَ الوسيلة من المراتب السَّابقة يخلُص حينها إلى الموازنة بين مصلحة الأصل ومآل المفسدة؛ فما رجح قُدِّم واعتُبِر، وما شالَ في ميزان الموازنة أُهمِلَ وأُلغي.

ثالثا: وحكم هذه المراتب؛ كما يأتي:

المرتبة الأولى: لقد اتَّفق العلماء على أنَّ ما كان من الوسائل مُستلزمة للممنوع فإنَّها تُمنَع من باب ما لا يُتخلَّص من الحرام إلاَّ به فهو ممنوع. غيرَ أنَّهم اختلفوا في إدخال هذه الوسائل في الذّرائع أوْ لا؛ كما تقدَّم.

المرتبة الثَّانية: أمَّا ما كان من الوسائل مُفضية إلى الممنوع إفضاءً غالبا؛ فهي ممنوعة؛ وقد حكى القرطبيّ اتِّفاق المالكيَّة على منع الذَّرائع الواقعة في هذه الرُّتبة؛ قال ابن عاشور: «العبرة في مناط الأحكام هي الأحوال الغالبة»[١].

واعتبارُ الظَّنّ في هذه المرتبة هو أرجحُ من الاستمساك بأصل الإباحة؛ وذلك لأُمور:

أحدها: أنَّ الظَّنّ في أبواب العمليَّات ممَّا يجري مَجرى العلم؛ وعليه فإنَّه يجري في هذه المرتبة[٢].

والثَّاني: أنَّ المنصوص عليه في الشَّرع ممَّا جرى على أصل سدّ الذّرائع داخلٌ في هذا القسم؛ فقد مَنَعَ الشَّارع بعضَ الوسائل لأنَّ فيها ظنَّ الإفضاء إلى المفسدة، ولا وجودَ للقطع[٣]؛ من ذلك:

١-قوله تعالى: ﴿**ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم**﴾[الأنعام:١٠٨]؛ فإنَّهم قالوا لتكفَّنَّ عن سبِّ آلهتنا أو لنسُبَّنَّ إلهَك؛ فنــزلت الآية، وقد يَسُبّ المسلم آلهة الكافر ثمَّ لا يسُبّ هذا الكافرُ الله تعالى؛ لكن الظَّنّ يقضي بأنَّ هذا المآل واقع في غالب الأحوال؛ فمُنِعت ذريعتُه[٤].

٢-وفي الصحيح عن النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «من أكبر الكبائر شتم الرَّجل والديه» قالوا: يا رسولَ الله؛ وهل يشتم الرَّجلُ والديه؟! قال: «نعم؛ يسُبُّ أبا الرَّجل فيسبّ أباه، ويسبّ أمَّه فيسبّ أمَّه»[٥]. ومفسدةُ المآل في ذلك ظنّيَّة لا قطعية؛ لاحتمال التَّخلُّف[٦].

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٨٥.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٥٩.

[٣] المصدر السابق ٢/٣٥٩.

[٤] المصدر السابق ٢/٣٦٠.

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، رقم: ٥٦٢٨، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكباشر وأكبرها، رقم: ٩٠، واللّفظ لمسلم.

[٦] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٠.

٣-وكان عليه الصَّلاة والسَّلام يكفّ عن قتل المنافقين لأنَّه ذريعة إلى قول الكفَّار إنَّ محمَّدا يقتُل أصحابَه[١]؛ وهذا اعتمادا على ظنٍّ مآل الفساد؛ وليس هنالك من قطع.

٤-ونهى الله تعالى المؤمنين أنْ يقولوا للنَّبيِّ ﷺ: "راعِنا" مع قصدهم الحَسَن؛ لاتّخاذ اليهود لها ذريعةً إلى شتمه عليه الصَّلاة والسَّلام[٢].

قال الشَّاطبي بعد أن ساق هذه الأمثلة ممَّا بُنِيَ على سدّ الذّريعة بسبب ظنّ فساد المآل-: «وذلك كثيرٌ؛ كلّه مبنيّ على حكم أصله وقد أُلبس حكمَ ما هو ذريعة إليه»[٣].

وقال ابن أبي زيد القيروانيّ في كتاب "الذبّ": «**الأغلبُ من الأمور في أحوال النَّاس يقدح ريبة**، كما قدحت في ردِّ قَبول شهادة الابن والأب في قول أكثر العُلماء، وفي ردِّ شهادة العدوِّ أو الخصم في قول جميعهم، **وليس في ذلك إلا الظَّنّة في أغلب الأحوال من غير قَطع ولا حَتم**»[٤].

المرتبة الثَّالثة: أمَّا الوسائل التي يتفصّى عنها الممنوعُ نادرا؛ فقد اتَّفقوا على عدم اعتبار هذه الذّريعة فلا يُمنَع منها ترجيحاً لمصلحة الأصل؛ لأنَّ ما وَقَع نادِرا لا عبرةَ به، والأخذ بأصل الإذن لازم:

لأنَّ المصلحة إذا كانت غالبةً فلا اعتبار بالنّدور فى انخرامها؛ إذْ لا توجد فى العادة مصلحةٌ عريَّة عن المفسدة جملة؛ فالشَّارع إنَّما اعتبر فى مجاري الشَّرع غَلبةَ المصلحة و لم يعتبر نُدور المفسدة؛ إجراءً للشَّرعيَّات مجرى العاديَّات فى الوجود[٥].

فالشَّرع جارٍ على هذا المنوال من إهماله للنَّادر: كالقضاء بالشَّهادة فى الدِّماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط؛ وإباحة القصر فى المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقَّة؛ كالمَلِك المُترَف. وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئيَّة فى التَّكاليف مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه؛ لكن ذلك نادرٌ فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة[٦].

---

[١] رواه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، رقم: ٣٣٣٠.

[٢] المصدر السابق ٢/٣٦٠.

[٣] المصدر السابق ٢/٣٦٠.

[٤] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٣٢/ب، وانظر: ١٠٥/ب.

[٥] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٥٨-٣٥٩.

[٦] المصدر السابق ٢/٣٥٩.

المرتبة الرَّابعة: أمَّا عن الوسائل التي تُفضي إلى المفسدة كثيرا لا غالِبا ولا نادِرا؛ ففيها وقع الخلافُ بين المالكيّة الشَّافعيَّة:

فالمالكيّة مَنَعَت هذا النَّوع من الذّرائع؛ وخالفت الشَّافعيَّة فلم تسدّ ما جرى في هذا السَّبيل.

أمَّا المالكيَّة فقد اعتبرت ذلك فى سدّ الذّرائع؛ وبيانُ مُدركهم فيما يلي:

أوّلا: اعتبر مالكٌ سدّ الذّريعة بناءً على كثرة القصد وُقوعا؛ وذلك أنَّ القصد لا ينضبط فى نفسه لأنَّه من الأمور الباطنة الذي لا يُستطاع القطع بها؛ لكن له مجالٌ هنا وهو كثرةُ الوقوع فى الوجود، أو هو مظنَّة ذلك؛ فكما اعتبرت المظنّة -وإنْ صحّ التَّخلُّف- كذلك تُعتبر الكثرة؛ لأنَّها مجال القَصد[١].

وأصل هذا حديث أمّ ولد زيد بنِ أرقمَ الذي سيأتي بيانُه في مَدارِك حجيَّة سدّ الذّرائع[٢].

ثانيا: وأيضا فإنَّ الشَّارع في أحكامه قد يشرع الحكم لعلَّة مع كون فواهًا كثيراً؛ كحدّ الخمر فإنّه مشروع للزَّجر، والازدجار به كثيرٌ لا غالب؛ فاعتبر الشَّارع الكثرةَ فى الحكم ورجَّحه على الأصل؛ إذْ الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، كما أنَّ الأصل فى مسألتنا الإذن؛ فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزَّجر، **وخرج على الأصل هنا من الإباحة لحكمة سدّ الذّريعة إلى الممنوع**[٣].

ثالثا: ومن الأدلَّة القويَّة على المنع من الذّرائع الواقعة في هذه المرتبة أنَّ الشَّارع منع بعضَ الوسائل لإفضائها إلى المفسدة كثيرا لا غالبا؛ والمجتهدُ يجري على وَفق ما بَنَى عليه الشّارعُ أحكامَه. وسيأتي بيانُها في الأدلة الناهضة بحجية هذا الأصل؛ إن شاء الله.

رابعا: تغليبُ جانب دفع المفسدة على جلب المصلحة:

ومن مَدارِك ترجيح سدّ الذّرائع في هذه الرّتبة أنَّ الشَّرع أشدّ اهتماما لدفع المفسدة من جلب المصلحة؛ فإذا أَشكل التَّرجيحُ بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل غُلّب جانبُ المفسدة درءا لها.

---

[١] المصدر السابق ٣٦١/٢.

[٢] المصدر السابق ٣٦١/٢.

[٣] المصدر السابق ٣٦٢/٢.

قال المقَّريّ: «قاعدة: عناية الشَّرع بدفع المفاسد أشدّ من عنايته بجلب المصالح، فإنْ لم يظهر رجحانُ الجلب قدِّم الدَّرء...وقد كره مالك قراءة السَّجدة في الفريضة؛ لأنَّها تشوِّشُ على المأموم، فكرهها للإمام ثمَّ للمنفرد حسما للباب...وكره الانفراد بقيام رمضان إذا أفضى إلى تعطيل إظهاره أو تشوّش الخاطر. ونهى الشَّرعُ عن إفراد يوم الجمعة بالصَّوم لئلاَّ يعظَّم تعظيم أهل الكتاب للسَّبت...وكَره –أي مالك- ترك العمل فيه لذلك. وكره إتباع رمضان بستّ من شوَّال، وإنْ صحَّ فيها الخبر، توقّع ما وَقَعَ بعد طول الزَّمن من إيصال العجم الصِّيام والقيام وكلّ ما يصنع في رمضان إلى آخرها، واعتقاد جهلتهم أنَّها منه؛ والمؤمنُ ينظرُ بنور الله تعالى»[١].

وهذا لأنَّ الشريعة كما يقول الشاطبي-: «مبنيَّةٌ على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتَّحرّز ممَّا عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة؛ فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتَّفصيل فليس العملُ عليه ببِدْعٍ في الشَّريعة؛ بل هو أصلٌ من أصولها...»[٢].

ومن أمثلة هذه الرُّتبة بيوع الآجال؛ التي منها أن يبيع رجل لآخر سلعة بمائة إلى أجل، ثمَّ يشتريها منه نقدا بخمسين، فمذهب المالكيَّة على منعها؛ لأنَّ البائع خرج من يده خمسون دينارا وأخذ عند حلول الأجل مائة، والسِّلعةُ قد جعلت ذريعة للرِّبا[٣].

المطلب الثَّالث: موجِّهات العمل بأصل سد الذرائع:

للعمل بأصل سدِّ الذَّرائع موجِّهاتٌ تكفُل التَّطبيق الحسن له؛ ومن هذه الموجِّهات:

الموجِّه الأول: كثرة القصد إلى الممنوع:

مذهبُ مالك رحمه الله أنَّ كثرة قصد النَّاس التَّذرّع بالوسيلة إلى الممنوع ممَّا يُوجِبُ المنع منها والسّدّ لطريقها؛ ففي بيوع الآجال مثلا نجد أنَّ العقد المركَّب قد أوقَعَ في النَّفس ريبة؛ إذْ هو عقد صوري؛ فبيع سلعة بعشرة إلى أجل جائزٌ في الأصل من جهة ما يتسبّبُ عن البيع من المصالح؛ فإذا أُبرِمَ هذا العقد ليؤدّي إلى بيع خمسة نقدا بعشرة إلى أجل: بأنْ يشترى البائعُ سلعته من مُشتريها بخمسة نقدا؛ فقد صار مآلُ هذا العمل إلى أنْ باع صاحبُ السِّلعة من مشتريها منه

---

[١] المقري، القواعد رقم ٢٠١.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[٣] القرافي، الفروق ٢/٣٢.

خمسةً نقدا بعشرة إلى أجل، والسِّلعةُ لغوٌ لا معنى لها فى هذا العمل؛ فإذا ما نظرنا إلى ما خرج من اليد وإلى ما دَخلَ إليها تبيَّن أنَّه الرِّبا بعينه، إلاَّ أنَّ الوسائط هي التي أثارت بعض التَّردُّد في إلحاق هذه المعاملة بالرِّبا؛ لاحتمال أنَّ المتعاملين لم يقصدوا إليها. إلاَّ أنَّه إذا كثُرَ قصد الناس إلى التذرع بمثل هذه العقود إلى الربا؛ ازدادت الرِّيبة في نفس المجتهد؛ لأنَّ انضمام العقد الصُّوري إلى كثرة القصد بتلك المعاملة مظِنَّةٌ لكون المتعاملين به يقصدون إلى الحرام الذي نهى الله عنه؛ فمُنعت الذّريعة عند المالكية حسما لباب الفساد؛ فلا ينتظر إلى أن تصير المعاملة أغلبيَّة.

قال المقَّريُّ: «قاعدة: قال المالكيّة إذا كانت صورة الجواز ممَّا يكثُر القصدُ بها إلى الممنوع اعتُبِرَت اتِّفاقا، وإنْ ندرت بحيث لا تخطُر إلاَّ بالأخطار لم تُعتَبر...»[1].

ومعنى كثرة قصد النَّاس أن كثيرا من الناس يقصدون من هذه المعاملة ما آل إليه العقد؛ وأنَّ الوسائط ما كانت إلاَّ متذرَّعا إليها، فالغَرَضُ إنَّما كان متوجِّهاً إلى الرِّبا.

قال الخرشيّ في شرح قول خليل: "ومنع للتُّهمة ما كثُر قصدُه"-: «أي: ومنع كلُّ بيع جائز في الظَّاهر مؤدٍّ إلى ممنوع في الباطن للتّهمة بأن يكون المتبايعان قَصَدَا بالجائز في الظَّاهر التَّوصُّل إلى ممنوع في الباطن، وذلك في كلِّ ما كثُر قصدُه للنَّاس»[2].

فالناس مثلا يكثر منهم قصد بيع وسلف وسلف بمنفعة؛ كأنْ يبيع الرجل الآخر سلعتين بدينارين إلى شهر، ثمَّ يشتري واحدةً منهما بدينار نقدا؛ فتكون السِّلعةُ التي خَرَجَت من اليد وعادت إليها مُلغاة، وخَرجَ من يد البائع سلعةٌ ودينارٌ نقدا يأخذ عنهما عند الأجل دينارين: أحدهما عن السلعة وهو بيع، والآخر عن الدِّينار المنقود وهو سلف[3].

وكأنْ يبيع سلعة بعشرة إلى شهر ويشتريها منه بخمسة نقدا؛ فآل أمرُ البائع إلى أنَّ شيئا رَجَعَ إليه ودفع الآن خمسةً يأخذ عنها بعدَ ذلك عشرة[4].

وهذا بخلاف ما يقلّ قصدُ النَّاس إليه بحيثُ لا يُوصَفُ بأنَّه كثير؛ وهذا لضعف اتِّهام النَّاس في القصد إلى الحرام[5].

---

[1] المقري، القواعد رقم ٩٩٥.

[2] الخرشي، شرح خليل ٩٣/٥.

[3] المصدر السابق ٩٣/٥.

[4] المصدر السابق ٩٣/٥.

[5] الصاوي، بلغة السالك ١١٧/٣.

مثاله: أنْ يبيع الرجل الآخر ثوبين بدينار لشهر، ثمَّ يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدَهما بدينار؛ فمذهب المالكية أنه جائزٌ ولا يُنظَرُ لكونه دفعَ له ثوبين ليضمَن له أحدهما وهو الثَّوب الذي اشتراه مدَّة بقائه عنده بالآخر؛ فتهمة أنَّهما قَصَدا الضَّمان بجُعل ضعيفةٌ؛ وذلك لقلَّة قصد النَّاس إلى ذلك، وأمَّا صريح ضمان بجُعل فلا خلاف في منعه؛ لأنَّ الشَّارع جعل الضَّمان والجاه والقرض لا يُفعل إلا لله[١].

ومثاله كذلك: أن تبيع الرَّجُلَ ثوباً بدينارين إلى شهر وتشتريه منه بدينار نقدا أو دينار إلى شهرين، فآل أمرُ البائع إلى أنَّه دَفعَ الآن دينارا سَلَفا للمُشتري ويأخذ عند رأس الشَّهر دينارين: أحدهما عن ديناره، والثَّاني سلفٌ منه يدفع له مُقابله عند رأس الشَّهر الثَّاني؛ فهذا لا يمنع في مذهب المالكيَّة لضعف اتِّهامهما أنَّهما قصدا إلى أسلفني أسلفك[٢].

فلما كانت القصود لا تنضبط بالنَّظر في آحاد النَّاس، جَعلت المالكيَّة كثرةَ القصد إلى الحرام مظنَّة إلى وقوعه فحسمت الباب رأسا؛ فكثرة قصد النَّاس إلى هذا التذرُّع ممَّا يُفضي إلى شُيوعِها وانتشارِها، فتحصلُ بذلك المفسدة التي لها حرَّم الرِّبا، فذلك هو وجهُ اعتداد مالك بالتُّهمة فيه؛ فلو أنَّ ذلك فشا صار مآلُ الفعل مقصودا للنَّاس، فاستحلُّوا به ما مُنِعَ عليهم[٣].

قال الإمام الشَّاطبي مبيِّنا مُدرَك مالك في ذلك: «...إلاَّ أن مالكا اعتبره فى سدّ الذّرائع بناء على **كثرة القصد وقوعا**؛ وذلك أنَّ القصد لا ينضبط فى نفسه لأنَّه من الأمور الباطنة لكنْ له مجالٌ هنا وهو **كثرةُ الوُقوع فى الوجود** أو هو مظنَّة ذلك فكما اعتبرت المظنَّة وإنْ صحّ التَّخلُّف كذلك تعتبر الكثرةُ لأنَّها مجال القصد»[٤].

وقال حلولو: «واعتبارنا التّهمة في بيوع الآجال إنَّما هو لكثرة قصد النَّاس لذلك؛ لأنَّ كثرة الوقوع مظنَّة القصد»[٥].

---

[١] الصاوي، بلغة السالك ١١٧/٣، عليش، منح الجليل ٧٨/٥.

[٢] الصاوي، بلغة السالك ١١٧/٣، عليش، منح الجليل ٧٩/٥.

[٣] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٨-٣٦٩.

[٤] الشاطبي، الموافقات ٣٦١/٢، وانظر: نفس المرجع ١٩٨/٤-٢٠٠، وقد قرر المعنى نفسه القاضي ابن العربي في عارضة الأحوذي: ٢٠١/٥.

[٥] حلولو، التوضيح في شرح التنقيح ٤٠٤، وانظر: محمد الخضر الحسين، دراسات في الشريعة الإسلامية ٣٠، رسائل الإصلاح ٦١.

الموجِّه الثَّاني: عدمُ الاغترار بالصُّوَرِ الظَّاهرة:

ومن موجِّهات العمل بأصل سدِّ الذَّرائع عدمُ الاغترار بالصُّوَر الظَّاهرة؛ بل من الواجِب أنْ يكونَ النَّظرُ نافذا بحيثُ يُميَّز بين ما هو حقيقيّ وبين ما هو صوريٌّ؛ فبيوع الآجال التي مَنَعها المالكيَّة حسماً للذَّريعة كان مَطلَعُ نَظَرهم في ذلك إلى جانب النَّظر إلى كثرة القصد للفعل الممنوع-: أنَّ ظُهورَ فعل اللَّغو في التَّعاقُد المركَّب قدح في نفس المجتهد ظنَّ القصد إلى الحرام.

قال الشَّاطبي: «ومالك يتَّهِمُ بسبب ظهور فعل اللَّغو؛ وهو دالٌّ على القصد إلى الممنوع»[١].

وقاعدةُ المذهب في بيوع الآجل لتحديد فعل اللَّغو من غيره أنْ يُنظَر إلى ما خَرَج من اليد وإلى ما عاد إليها بقطع النَّظر عن الوسائط[٢]؛ كما في الأمثلة السَّابقة؛ فمن باع لرجل سلعةً بمائة إلى أجل، ثمَّ اشتراها منه نقدا بخمسين، فحقيقةُ العقد أنَّ البائع خَرَجَ من يده خمسون دينارا وأَخَذَ عند حلول الأجل مائة، فهو ربا، والسِّلعةُ قد جعلت ذريعة للرِّبا وهي الواسطة.

الموجِّهُ الثَّالث: اعتبار العادة في تحديد كثرة القصد إلى الممنوع:

المعيارُ الذي به يوقف على التُّهمة هي العادة؛ ومن طبيعة العادة أنْ لا تكون عامَّة في كلّ زمان وفي كلّ مكان؛ وعليه فإنَّ التُّهم أمرٌ نسبيّ يختلف باختلاف الزَّمان والمكان، وهذا ما يستدعي استئنافَ الاجتهاد في تحقّق التُّهم ومدى وجودِها واقعا:

قال ابنُ عبد السَّلام في باب بيوع الآجال: «وقوله -أي قول ابن الحاجب-: "فإن كان **مما يكثر القصد إليه** كبيع وسلف أو سلف جر منفعة؛ مُنِعَ وفاقا" لّما قرَّر المنع وكانت أسباب ذلك المنع مختلفة بالقوة والضعف؛ أخذ يبين القوي والضعيف منها، وقد عُلم أنَّ **هذا الباب مبني على العوائد، فالقويّ ما اطَّردت به العادة أو كثر وقوعه، والضَّعيف ما قابل ذلك والمتوسط ما بين ذلك**»[٣].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٤/٢٠٠-٢٠١.

[٢] الحطاب، مواهب الجليل ٤/٣٩١، عليش، منح الجليل ٥/٨٠.

[٣] ابن عبد السلام، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب ٢٣٩.

وأبان الشَّاطبي عن مثل ما قرَّره ابن عبد السَّلام من أنَّ المرجع في بيان كون الذّريعة ممَّا كثر تقصَّد النَّاس إليها للممنوع هو العادة؛ فقال في سياق ذكره للمنع من بيوع الآجال: «...ولكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثُر في النَّاس بمقتضى العادة»[١].

وتأسيساً على كون المعيار في تحديد كثرة القصد وقلَّته وندوره هو العادة والعرف؛ فإنَّ ما بُنِيَ من الأحكام على العادة والعرف يقتضي التَّغيُّر بتغيُّر هذا العرف وتلك العادة؛ قال القَرافيّ: «قاعدة: كل حكم مرتَّب على عرف أو عادة يبطل عند زوال تلك العادة، فإذا تغيَّر تغيّر الحكم»[٢]. ومنه؛ فإنَّ الاستمساك بكثير من تفريعات الأئمَّة في بيوع الآجال ممَّا ينبغي أنْ يُنظَرَ إليه من جهة تحقُّق كون العادة التي كانت مُرتكزَ الحكم موجودةً في العادة حال الإفتاء أو منعدمة؛ ولقد نَبَّه على هذا الملحظ القويّ ابنُ عبد السَّلام التّونسيّ في شرح مختصر ابن الحاجب؛ وكذلك بعده كابنِ عاشور؛ وقد أنحى ابنُ عبد السَّلام باللاَّئمة على الفقهاء الذين لم يعتبروا العادة فيما كان على هذا المنوال:

قال: «...في بياعات الآجال لم يقع البيعُ أوَّلا بين المتبايعين على تنصيص أنَّ البائع يشتري السِّلعة التي خَرَجَت من يده، وإنَّما هو أمر يُتَّهمان على أنَّهما دخلا عليه، **ويُستند في تلك التّهمة إلى العادة**...ثمَّ هَبْ أنَّ تلك العادة وُجِدت في قوم في المائة الثَّانية بالمدينة أو بالحجاز كلِّه؛ فلِمَ قُلتم إنَّها وُجدت في العراق وفي المغرب في المائة السَّابعة؟ ونحن لا ندري الآن هل هي موجودة بالمدينة أو لا؟.

ثمَّ هَبْ أنَّها موجودة في جميع البلاد في جميع الأزمنة...وهؤلاء يجعلونه قانونا عقليًّا مطَّرِدا كالقواعد العقليَّة التي لا يشذّ منها شيء، ويحكمون على مسائلَ لم تقع بأنَّها ممنوعة على تقدير الوُقوع، ويستندون في ذلك المنع إلى العادة التي هي مُتأخِّرة عن الوقوع، فيجعلون المتأخِّر في الوجود سببا في حصول المتقدِّم في الوجود. وأنا مُتوقِّفٌ عن الفتوى في هذا الباب، وما أشبهه من الأبواب المستندة إلى العادة في الكتب؛ لأنَّ الذي في الكتب من المسائل لها مئون السِّنين، وتلك العوائدُ التي هي شرطٌ في تلك الأحكام لا نَعلم حصولَها الآن؛ والشَّكُّ في الشَّرط شكٌّ في المشروط»[٣].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ١٩٨/٤-٢٠٠.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٢٦٨/٦.

[٣] ابن عبد السلام، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب ٢٣٨-٢٣٩.

وقال الشَّيخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور مُعدِّداً وُجوهَ الضَّعف الفقهيِّ لدى المتأخِّرين-: «...رابعُه: الضَّعفُ في عُلوم الاجتماع وحاجاتِ الأمَّة، حتَّى أهملوا أحكامَ صُوَرٍ من البُيوع، ونزَّلوا على بيوع النَّاسِ اليومَ أحكامَ بُيوعِ الآجال التي كانت في القُرون الأُولَى من الهجرة، ولم يَعتَنُوا بتخريج أحوال البُيوع الحاضِرة...»[١].

الموجِّه الرَّابع: لا يُفرَّق عند سدّ الذّرائع بين المتهم وغيره:

من مذهب المالكيّة أنَّ ما مُنِعَ للذّريعة عُمِّم، فلا يُنظَر إلى آحاد النَّاس هل قَصد إلى الممنوع أو لم يقصد؟؛ فسواءٌ صدرت الوسيلة ممَّن يُتَّهم بالتذرُّع إلى الحرام أو ممَّن كان بريّاً من هذه التُّهَمَة؛ فمنع الذريعة يَشمل حتَّى أهل الدِّيانة ممَّن لا تتطرَّق إليهم التُّهَم ولا تدنُو منهم الظِّنَن؛ طردًا للباب، وتعميماً لحُكْم المنع.

قال ابنُ أبي زيد القيروانيّ: «...يُحمل المتهم وغير المتَّهم فيما أصلُه التّهم محملا واحدا»[٢].

ونصَّ الباجيّ على أنَّ أصل مالك وأصحابِه في الذّرائع أن تُمنَع الذرائعُ ممَّن قصد إلى الممنوع ومن لم يقصده[٣].

وقال ابن رُشدٍ الجدُّ: «ما طريقُه المصالح وقطعُ الذّرائع لا يُخصَّص في موضع من المواضع؛ أصل ذلك شهادة الابن لأبيه»[٤].

وقال الدَّردير: « يُمنَع من البيوع ما أدَّى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين، ولو لم يقصد بالفعل»[٥].

وكان للمالكيَّة في هذا التَّعميمِ مَدارِكُ من النَّظر؛ هذا بيانُها:

أولا: ضبط القواعد: فمن مدارك التَّعميم أنَّ ذلك لضبط الأحكام وعدمِ اضطرابها؛ لأنَّه لَمَّا كان مُدركُ المالكيّة في منع الذَّرائع أنَّ الذّريعة مظنَّة التَّذرُّع إلى الحرام أُقيمَت المظنَّة مقامَ

---

[١] ابن عاشور، أليس الصبح بقريب ٢٠١.

[٢] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٧/أ.

[٣] الباجي، المنتقى ٣٧/٦.

[٤] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٤٨٦/١، المواق، التاج والإكليل ٥٥٨/٧-٥٥٩، عليش، منح الجليل ٥١٤/٧.

[٥] الدردير، الشرح الصغير ١١٦/٣-١١٧.

المئنّة[١]، وعُمِّم حكمُها كما يُعمَّم حكمُ العلَّة مع احتمال تخلُّف حكمة العلَّة؛ ضبطا للعلَّة من أن يدخُلها الاضطراب؛ قال المقري: «قاعدة: أصل مذهب مالك في التّهم أنَّها على ثلاثة أضرب: **قريبة** فتُراعى: كطلاق من ترثه في مرضه، ولا تختصّ بالمتهم على الأصح **ضبطا للقَواعد**، فقد ورَّث عثمانُ امرأةَ عبدِ الرَّحمن وهو أبعد النَّاس من ذلك»[٢].

وقال ابن أبي زيد القيروانيّ بعد سوقه لُمُثُل من الشَّرع جَرَت على هذا المنوال-: «وهذا ممَّا تتَّسقُ به الأمور ويحمى كتاب الله»[٣]، ويُريد بالاتِّساق الضّبطَ وعدمَ التَّفلُّت.

وقال المقريّ: «إذا اعتُبرت الذّرائعُ فالأصحُّ وجوبُ صونِها عن الاضطراب بالضَّبط والتَّعميم، كسائر العلل الشَّرعيَّة. فلا يجوز الجمع بالإذن، ولا تخصُّ الآجال بالمتَّهم»[٤].

ثمَّ إنَّ القُصود ممَّا لا يَطَّلع عليها إلاَّ الله؛ فكيف يُصدَّق القاصد من دونه، قال الباجي: «...لا يمكن أن يفصل فيه بين المتهم وغيره فكان الحكمُ فيه منع الجميع كالمنع من الذّرائع»[٥].

وفي عدم الضَّبط التَّفلُّت؛ إذْ كلٌّ يدَّعي ويزعُم أنَّه بريُّ السَّاحة من قصد الحرام؛ ومَنْ قَصَدَ الحرام لم يعسُر عليه ادِّعاءُ القصد الحسَن؛ قال ابنُ أبي زيد مُعلِّلا لتعميم المنع: «...لئلاَّ يدَّعي كلٌّ أحدٍ السَّلامة؛ وتختلِفُ الأحكام»[٦].

ثانيا: مُنعَت الذَّريعة على جهة العموم لئلاَّ يكون فعلُ الإنسان لذلك بدون قصد داعيا إلى فعله بالقصد في مرة أخرى[٧].

ثالثا: لو لم تُمنع الذَّريعة على جهة العموم لاعتَقَدَ مرتكبُها أنَّ جنس هذه المعاملة حلالٌ؛ ولا يميِّز بين القصد وعدمه[٨].

---

[١] ابن العربي، عارضة الأحوذي ٥/٢٠١، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٥.

[٢] المقري، القواعد رقم ٦٦٥.

[٣] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك٤٦/أب.

[٤] المقري، القواعد رقم ٢٣٠، وانظر: رقم ٩٩٥.

[٥] الباجي، المنتقى ٧/٢٨٥.

[٦] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك٤٦/أ.

[٧] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/١٧٣.

[٨] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/١٧٣-١٧٤.

رابعا: القُصود من الأمور الخفيَّة التي قد لا يَفطِنُ لها صاحبها؛ قال ابنُ تيميَّة معلِّلا لتعميم حكم الذَّرائع: «ولئلا يفعلها الإنسان مع قصد خفيّ يَخفى من نفسه على نفسه»[١].

خامسا: وجدنا الشَّارع الحكيمَ فيما مَنَع من الذّرائع قد عمَّم الحكم ولم يربِط المنعَ بكون المرء قَصَدَ أو لم يقصد؛ فدلَّنا ذلك على تعميم الحكم في الذَّرائع؛ لأنَّ مشروعيَّة هذا الأصل كان على أساس اتِّباع منهج الشَّرع في سدّ الذَّرائع؛ وكذلك أُثِرَ هذا التَّعميمُ عن الصَّحابة ﷺ في المسائل التي بَنَوْها على أصل الذَّرائع:

١- **شهادة العدوّ على عدوّه:** فشهادة كلٍّ واحد للآخر مردودة مطلقا؛ فلا يُنظَرُ إلى بُعد التّهمة في الأفراد بخصوصهم؛ لأنَّ الغالب من أحوال النَّاس أنَّهم متَّهمون في شهادتهم على خصمائهم وأعدائهم؛ وإنْ كان يوجد في أحايين كثيرة من النَّاس من يكون على غير ذلك من الاتِّهام والظِّنّة؛ إلاَّ أنَّ الباب حُمِلَ محمَلا واحِدا[٢].

٢- **منع القاتل الميراث:** كذلك مُنِعَ القاتل من الميراث سدا لذريعة استعجال الميراث بقتل المورِّث؛ واستوى في ذلك من تلحقه التهمة أو لا طردا للباب؛ قال ابنُ أبي زيد: «كما أنَّه قد مُنع القاتل الميراث وكان الأصل في ذلك التّهمة بنيل الميراث، ثمَّ قد يقع قاتلٌ قد علم أنَّه لم يقصد للميراث فلا يُنظَر إلى ذلك النَّادر؛ وهكذا جرت الأصول في هذا وشبهه»[٣].

٣- **من طلَّق في مرض موته:** من طلَّق امرأته في مرض الموت ثمَّ مات ورثت؛ سدّا لذريعة تقصُّد حِرمان الزَّوجة من الميراث؛ ويستوي في ذلك مَنْ قَصَدَ ومَن لم يقصد؛ بل إنَّ عُثمان وَرَّثَ زوجةَ عبدِ الرَّحمن بنِ عوف ﷺ حين طلَّقها في مرض الموت[٤]، على بُعد عبدِ الرَّحمن بن عوف من ذلك القصد[٥].

٤- **الهبة التي لم تحز:** كذلك من وَهَبَ لبعض ورثته هبةً ثمَّ لم يحزها إلى حين مرض الموت؛ فإنَّها ترجع إلى مال الميراث؛ لئلاَّ يتَّخذ النَّاس من الهبة بدون حوز ذريعة لحرمان باقي الورثة من الميراث؛ وقد كان أبو بكر الصِّدّيق نحلَ ابنته عائشةَ رضي الله عنها مالاً لم يُحَز فقال

---

[١] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٦/١٧٤.

[٢] المصدر السابق ٣٤/ب.

[٣] المصدر السابق ٣٤/ب، ٤٧/أ.

[٤] رواه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، رقم: ١١٨٣.

[٥] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٦/أ.

لها حين حضرته الوفاة: «والله يا بنيةُ ما من النَّاس أحدٌ أحبّ إليَّ غنى بعدي منك، ولا أعزَّ عليَّ فقرا بعدي منك، وإنِّي كنتُ نحلتُك جاد عشرين وسقا فلو كنتِ جددتيه واحتزتيه كان لك؛ وإنَّما هو اليوم مالُ وارث...»[1]؛ وأبو بكر أبعد الخلق عن قصد التَّذرُّع إلى حرمان الورثة ميراثهم؛ ومع هذا حكم بالهبة إلى الورثة[2].

الموجِّهُ الخامس: اعتبار الوازِع في إعمال أصل سدِّ الذرائع:

يتعلَّق بابُ سدّ الذّريعة بموضوع الوازِع الجبليّ؛ فما كان فيه ميلُ النَّفس أنـــزعَ إلى ارتكاب المنهيّ عنه وأدنى إلى التَّلبُّس به، وأقربَ إلى الالتثياث بمفسدته؛ كلَّما بالَغَ الشَّرعُ في سدّ الذّريعة المفضية إليه؛ وقد يُلبِسُ الشَّرعُ الوازِعَ الدِّينيَّ لبوس الوازِع الجبليّ ليكون الاجتنابُ من قَبيل الاجتناب الطَّبَعي؛ لَمَّا كانت النُّفوس ميَّالة إلى ذلك المنهيِّ عنه؛ والعكس بالعكس فكلُّما كان الانتهاءُ عن المنهيِّ عنه ممَّا يستدعيه الوازِعُ الجبليّ فإنَّ الشَّرع لا يهتمّ كثيرا بسدِّ الذّريعة الموصلة إليه؛ اكتفاء بما في نَحيزَة الإنسان وطبيعته وفِطرته من مُنافَرَةٍ لتلك المنهيّات[3].

ولعلْمِ مالكٍ بوَضع الشَّريعة ومسالِك السَّنَن فيها جرَى رحمه الله على هذا المنوال، وسَلَكَ سبيل الشَّرع في سدّ ذرائع الفساد؛ قال ابنُ عاشور: «ولعلماء الشريعة نسجٌ على منوالها هذا عند قصد المبالغة في سدّ الذّريعة:

فقد قال مالك رحمه الله بنجاسة عين الخمر، وهو يعلم أنَّ الله إنَّما نهى عن شُربها لا عن التَّلطُّخ بها، ولكنَّه حَصَل له من استقراء السّنّة ما أفاده مُراعاة قصد الشَّريعة الانكفاف عن شربها. وإذ كان ذلك عَسِرا لشدَّة ميلِ النُّفوس إليها بكثرة ما نوَّه الشَّاربون بمحاسن رقَّتها ولونها؛ أرادت السنة تقوية الوازِع الدِّينيّ عن شربها بإشراب النُّفوس معنى قَذارتها وجعلها كالنَّجاسات، في حين أنَّه لم يقُل بنجاسة الخنـــزير الحيِّ»[4].

وقد وجدتُ لهذا الأصل الذي مهَّده الشَّيخ الطَّاهر بن عاشور فرعا جليلا عند المالكيَّة:

---

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النّحل، رقم: ١٤٣٨.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٦/أ.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٨٥-٣٨٦.

[4] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٨٦.

قال ابنُ الموَّاز في جلد الفرس: لا يُصلَّى به وإن ذُبحَ ودُبغ. وقد اتّفق على أنَّه جلد حيوان مكروه لا محرَّم؛ فيتخرَّجُ من هذا أنَّ جلد الحيوان المكروه لحمُه عند ابن الموَّاز لا يُستباح استعمالُه بذكاة ولا دباغ؛ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك أنَّه **إنَّما كره ذكاهّا للذّريعة إلى أكل لحومها؛ فمنع من ذلك لَّما كانت كثيرة التَّكرر والوجود**، لا لعينها[١].

وأمَّا جلود السِّباع فقد أجاز بيعَها والصَّلاة بها إذا ذُكِّيَت وإن لم تُدبَغ؛ **وذلك لَّما لم تكُن لحومُها موجودةً؛ فلم يَخَف أنْ يكون استعمالُ جلودِها ذريعةً إلى أكلها**، فتأكَّدت عنده كراهِيَةُ لحوم الخيل وجلودها لَّما خاف الذّريعة إلى أكلها[٢].

قال الباجيُّ: «ولا يَمتنعُ مثلُ هذا في الشَّريعة؛ فإنَّ لحم الخنــزير محرَّمٌ كلحم الميتة وكالخمر ثمَّ شَرَعَ الحدَّ في شُرب الخمر **لَّما خيف التَّسرع إليها**، ولم يشرع الحدّ في أكل الميتة ولا أكل لحم الخنــزير؛ لَّما لم يخف التَّسرُّع إليها»[٣]. ولحمُ الخنــزير والميتة ممَّا تأنف منها الفِطَرُ السَّليمة، فاكتُفي بالوازع الجبليّ؛ خلافا للخمر لَّما كانت النُّفوس إليها وامِقة، والرَّغبات نحوها مُشرئبَّة-: لم يكتف بالوازع الجبليِّ، بل شَرَعَ الحدّ، وقال بعضُ الفقهاء كمالك بنجاستها مُبالغة في سدّ الذّريعة إليها لانجذاب النُّفوس إليها، وضَعف الوازِع الجبليِّ أمامها.

ويُكرَه ذبح الخيل لنفس المُدرَك؛ قال الباجيّ: «...الذبحُ لم يُكرَه في الخيل لأنَّه مُثلة؛ وإنَّما كُرِهَ لأنَّه ذريعةٌ إلى إباحة أكلها»[٤].

فإذا ثَبَتَ ذلك؛ فإنَّ عمليَّة سدِّ الذَّرائِع وفتحها عمليَّةٌ مُتجدِّدة تتوقَّفُ على الوازِع من حيثُ ضعفُه وقوَّته؛ فكلَّما ضعف الوازِع استدعى ذلك من المجتهد أنْ يسعى إلى سدّ الذّريعة وحسمها حفاظا على مقصد الشَّارع، وكلَّما قوِيَ الوازِع وصلُب كلَّما خفَّف من وطأة

---

[١] الباجي، المنتقى ١٣٦/٣، قال مالك: «وأكره ذكاهّا للذَّريعة إلى أكل لُحومِها» ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ٣٧٦/٤.

[٢] الباجي، المنتقى ١٣٦/٣، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ٣٧٦/٤.

[٣] الباجي، المنتقى ١٣٦/٣.قال ابن تيمية في سوقه أدلة من الشرع على اعتبار أصل سدّ الذّرائع: «أوجب الله تعالى **إقامة الحدود** سدا للتذرع إلى المعاصي إذا لم يكن عليها زاجر وإن كانت العقوبات من جنس الشر، ولهذا **لم تشرع الحدود إلا في معصية تتقاضاها الطباع** كالزنا والشرب والسرقة والقذف، دون أكل الميتة والرمي بالكفر ونحو ذلك فإنه اكتفى فيه بالتعزير...». الفتاوى الكبرى ١٧٢/٦، بيان الدليل على بطلان التحليل ٢٦٥-٢٦٦.

[٤] الباجي، المنتقى ١٧٠/٣.

المبالغة في سدّ الذّرائع؛ قال ابن عاشور: «فيظهر لنا أن سدّ الذّرائع قابل للتّضييق والتّوسيع في اعتباره بحسب ضعف الوازِع في النّاس وقوّته»[١].

الموجِّه السّادس: إمكان حصول مآل الذريعة بوسيلة أخرى وعدم إمكانه:

مِنَ الملاحِظ الجليلة في هذا المقام أنَّ إعمال سدّ ذرائع الفَساد يكون ملحوظاً فيه النّظرُ في كون المآل الممنوع ممّا لا يُتوصَّل إليه بذرائع أخرى أو لا؛ فمنْ منع وسيلةً قد تُفضي إلى المفاسد، ثمَّ كانت لهذه المفاسد وسائلُ أخرى تكون وُصلةً إليها؛ لم يكُن في منع تلك الذّريعة مِنْ معنى؛ إذْ قد يُتوصَّل إلى تلك المفاسد بغيرها من الوسائل.

قال الشيَّخ محمَّد الطَّاهر بن عاشور: «...على أنَّ في احتياج الأمَّة إلى تلك الذّريعة -بقطع النَّظر عن مآلها- وفي إمكان حصول مآلها بوسيلة أُخرى وعدم إمكانه؛ أثراً قويّا في سدّ بعض الذّرائع وعدمِ سدّ بعضِها»[٢].

فمثلا يجوز زرعُ العنب اتِّفاقا؛ مع ما فيه من المآل الممنوع من اتِّخاذها خمرا؛ ومَطلَعُ النَّظر في الجواز هو أنَّ المآل الممنوع وهو السُّكر ممَّا يتحقَّق بغير العنب فقد يُتَّخذُ الخمرُ من الشَّعير ومن غيره من الأطعمة؛ فليس من الحكمة أنْ تحرَّم هذه الذّريعةُ مع إمكان التَّذرُّع إلى تلك المفسدة بكثير من الذّرائع؛ إذ ليس تحريم زراعة الشَّعير بأوْلى من تحريم زراعة العنب[٣]. فإنْ قال قائل: فلماذا لم يحرّم رزاعة كلِّ ما من شأنه أنْ يُتَّخذ ذريعةً إلى السّكر؟ قيل: لو حُرِّم ذلك لكان التَّحريم متعلِّقا بكثير من الأطعمة المباحة التي يُفضي المنع منها إلى بلوغ الحرج البالغ والمشقَّة العُظمى بالخلق؛ بل لا يبعُد ذلك أن يكون بالغا مبلغَ الضَّرورة، فلمَّا تعلَّقت حاجةُ الأمَّة إلى ذلك لم يُعمل أصلُ سدّ الذّرائع.

الموجِّهُ السّابع: عظم المفسدة ودوامها:

ومن المَلاحِظ الذي تكون في الاعتبار حالَ المُوازَنة بين مصالح الوسيلة ومفاسد المآل-: عِظَمُ المفسدة التي تؤول إليها الذّريعة؛ فعلى قدر عِظَمها يكون سدّ الذّريعة ومنعُها، بل إنَّ خطورة مفسدة المآل وعظمَها وتعلُّقَها بعموم الأمَّة توجب أنْ يُعمَل أصلُ الذّرائع حتَّى في

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٩.

[٢] المصدر السابق ٣٦٧.

[٣] المصدر السابق ٣٦٧.

الاحتمالات التي تكون نوعا ما بعيدة؛ بحيثُ لو كانت في الحقوق الخاصَّة لما اعتُبِرَت؛ لكن لَّما كانت متعلِّقة بعُموم الأمَّة وكانت المفسدةُ عظيمة شاملة-: فاعتبارُ هذا الاحتمال أوْلى في الحَزْم وفي السِّياسة الشَّرعيَّة من التَّورُّط في الوسيلة التي قد تُفضي إلى هاتيك المفسدة المبيرة[١].

المطلبُ الرَّابع: مجال إعمال أصل سدّ الذّرائع:

أَعمَلَ مالك ﷺ سدّ الذّرائع في غالب أبواب الفقه، فلم يكُن لهذا الأصل اختصاصٌ بباب معيَّن أو بنوع محدَّد؛ قال الشاطبي: «قاعدة الذّرائع التى حكَّمها مالك فى أكثر أبواب الفقه»[٢]، وقد عوَّل مالك على هذا الأصل في أبواب العبادات والمعاملات على حدٍّ سواء؛ قال الشَّاطبي: «وسدُّ الذّريعة أصلٌ عنده (أي: عند مالك) متَّبعٌ مطَّردٌ فى العادات والعبادات»[٣].

غيرَ أنَّ الإمام مالكا يختلف في مدَى التَّوسيع والتَّضييق في إعمال سدّ الذّرائع في أبواب الفقه تبَعا لما سار عليه التَّشريع نفسه من المبالغة في سدّ ذرائع بعض الأبواب دون بعض؛ **فاتّساع الشَّرع في منع الذّرائع متعلّق بعظم المفسدة المفضية إليها**؛ قال الشَّاطبي: «من عادة الشرع أنه إذا نهى عن شيء وشدد فيه منع ما حواليه وما دار به ورتع حول حماه...وكذلك جاء في الشَّرع أصلُ سدّ الذّرائع...وبحسب عِظَم المفسدة في الممنوع يكون اتِّساعُ المنع في الذّريعة وشدّته»[٤].

فتأسيسا على اقتفاء المجتهدِ أثرَ الشَّارع في تَشريعه، والاهتداء بمنهجه في وضع التَّشريع؛ فإنَّ سدّ الذّرائع وفتحها يكون تابِعا لمنهج الشَّارع في تغليب جانب الإباحة والمصلحة في بعض الأبواب، أو في ترجيح جهة المنع والفساد في أبواب أخرى؛ فما عُلِمَ أنَّ الشَّارع رجَّح جانب التَّحريم والفساد في باب من الأبواب كان لازما على المجتهد أن يَسلُك سبيله في إعمال أصل سدّ الذّرائع بقدر ما أعمله الشَّارع؛ وما كان من منهج الشَّرع تغليبُ الإباحة والحلّ وجهةِ المصلحة فإنَّ الواجب أنْ لا يُبالَغَ في سدّ الذّرائع مُبالغة تَخرُج عن سَنَن الشَّارع في قطع وسائل الفساد.

---

[١] انظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٩/١٣١-١٣٢.

[٢] الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨.

[٣] المصدر السابق ٣/٣٢٥-٣٢٦.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ١/١٧٧.

وسأتناول في هذا الفرع إعمالَ المالكيَّة لأصل سدِّ الذرائع في ثلاثة مجالات: في البيوع، والعبادات، والسياسة الشرعية:

أولًا: إعمال أصل سدِّ الذَّرائع في أبواب البيوع:

من الأبواب التي بالَغَ فيها مالكٌ بالأخذ بسدّ الذّريعة **أبوابُ الربا**؛ فالنَّاظِرُ في فروع مالك -بخاصَّة في بيوع الآجال- يجدُه مُعملا لهذا الأصل إعمالا كثيرا؛ وهذا لما جاء في الرِّبا من الوعيد الشَّديد؛ فغلَّبَ مالكٌ جانبَ الحُرمَة على جانب الحلّ فيها؛ قال العدويُّ معلِّقا على قوله ﷺ: «إنَّ خيار النَّاس أحسنُهم قضاء»[1] لمَّا ردَّ في سَلَف بَكْرٍ رباعيّا-: «فإنْ قيل إنَّ ظاهرَه جوازُ الزِّيادة في الوزن والعدد أو أحدهما؛ قلتُ: أُجيب بأنَّهم لعلَّهم رَأوه مُصادِما **لأدلَّة منع الرِّبا وهي قويَّة جدّا**؛ فقصروا هذا الحديث على جواز الزِّيادة في الصِّفة جمعا بين الأدلَّة؛ ولأنَّ من **القواعد التي انبنى عليها المذهب سدّ الذّرائع**، فلو أجازوا الزِّيادة في الوزن والعدد لوَجَد أكلةُ الرِّبا طريقا للدُّخول على الزِّيادة من أوَّل الأمر، ويقولون لم نقصد ذلك فيكثر الرِّبا؛ فجعلوا هذه المادَّة تقصُر الحديث على زيادة الصِّفة **قصدا لتقليل الرِّبا ما أمكن وحماية لجانب الرِّبا**»[2].

ومن آثار مُبالغة مالك في الحياطة للرِّبا أنَّه يُغلِّبُ دليلَ الحظر في باب الرِّبا على دليل الإباحة؛ قال ابنُ العربيّ: «إذا تعارض دليلان أحدُهما بالحظر، والآخر بالإباحة؛ فمن العلماء من مال إلى الاستظهار، وقال: يقدم دليل الحظر. ومنهم مَن قال: يُقدّم دليل الإباحة، **ويختلف في ذلك مقاصدُ مالك؛ إلاَّ في باب الرِّبا فيقدِّم دليل الحظر، وذلك من فقهه العظيم**»[3].

وفي هذا السِّياق يقول ابنُ تيميَّة مُبيِّنا مدى توسّع مالك في الأخذ بسد الذّرائع في أبواب البيوع وسديدَ رأيه في ذلك-: «...أصولُ مالك في البيوعات أجودُ من أصول غيره...والإمام أحمدُ مُوافقٌ لمالك في ذلك في الأغلب، يُحرِّمان الرِّبا ويُشدِّدان فيه حقَّ التَّشديد لما تقدَّم من

---

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، رقم: ١٣٥٩، ورواه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، باب هل يعطي أكبر من سنه، رقم: ٢٢٦٢.

[2] حاشية العدوي على الخرشي ٥/٥٣.

[3] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٣/٣١٠.

شدَّة تحريمه وعظم مفسدته، ويمنعان الاحتيال عليه بكلِّ طريق حتَّى قد يمنعا الذّريعة التي تُفضي إليه وإن لم تكن حيلة، وإنْ كان مالك يُبالغ في سدّ الذّرائع ما يختلف قول أحمد فيه»[١].

ثانيا: **إعمال أصل سد الذرائع في أبواب العبادة:**

ومن المقاصد التي استند فيها مالكٌ إلى سدّ الذّريعة المحافظةُ على مَباني الشَّرع وأحكامِه من التَّغيير أو التَّبديل في الاعتقاد والعمل في أبواب العبادة؛ وهذا المقصدُ له في فقه مالك مظهران:

الأوَّل: المحافظة على استقرار الأحكام الشَّرعيَّة؛ **والثَّاني**: حِياطةُ العبادة من أنْ يُزادَ فيها ما ليس منها.

وسأتناول كلَّ مظهر على حِدا ومدى إجراءِ مالك لأصل سدّ الذّرائع فيه:

المظهر الأول: المحافظة على استقرار الأحكام الشرعيَّة:

من مقاصد مالك في فقه إعمالِه لأصل سدّ الذّرائع هو العملُ على الإبقاء على مراتب الأحكام الشَّرعية كما شَرَعها الشَّارع من دون تبديل أو تحوير؛ فالمباح ينبغي أن يبقى مُباحا في الاعتقاد وفي العمل، والمندوب يجب أن يستمرَّ في الاعتقاد والعمل على أنَّه كذلك، والشَّأن ذاته في المكروه والحرام والواجب.

فمالك يمنع الوسائل التي تُفضي إلى تبديل هذه المراتب عن الوَضع الذي أعطاه لها الشَّرع؛ فما كان ذريعة إلى أن يُقْلَبَ المباح إلى مندوب في الاعتقاد أو العمل فالمنعُ لازمٌ له؛ ويكون إعمال سدّ الذّرائع في هذا المعنى من حيثُ التَّوسيع والتَّضييق بحسب كثرة طُروق التَّبديل على هذه الأحكام أو قلَّتها؛ فغالبُ ما يكون التَّبديل والتَّحوير متعلِّقا بالمندوب والمباح؛ إذْ كثيرا ما يُظنُّ أنَّ المندوب إليه واجبٌ لازمٌ الأخذُ به، كما يُظنُّ كثيرا أنَّ المندوب من قبيل المباح الذي لا أجر في القيام به، وكذلك الأمر في المباح فكثيرا ما يُعتقد أنَّه من قبيل المندوب أو المكروه.

قال الشاطبي: «المندوبُ من حقيقة استقراره مندوبا أنْ لا يُسوّى بينه وبين الواجب لا في القول ولا في الفعل، كما لا يُسوّى بينهما فى الاعتقاد؛ فإنْ سوّى بينهما في القول أو الفعل

---

[١] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ١٩/٤.

فعلى وجه لا يُخلّ بالاعتقاد»[١]؛ وقال: «وكما أنَّ من حقيقة استقرار المندوب أنْ لا يسوّى بينه وبين الواجب فى الفعل؛ كذلك من حقيقة استقراره أنْ لا يسوّى بينه وبين بعض المباحات فى التَّرك المطلق من غير بيان»[٢].

وهذا إنَّما يتعلَّق بأهل القدوة من العلماء الذين هم أئمَّة يُؤتسى بهم وأعلامٌ يُهتدى بعملهم وسلوكهم؛ فبمقتضى النَّظر في المآل ينبغي أن تكون أعمالهم وأقوالهم منظورا إليها من جهة مآل ما ينتج عنها من اعتقاد العامَّة أو بعضهم لِماَ يُخالفُ أصلَ وضع الأحكام ومراتبها؛ فإذا كانت مُداومة إمام مُقتدى به لمندوب في ملإ يُفضي بالنَّاس إلى اعتقاد وجوب ذلك المندوب وحتميَّة القيام به فإنَّ أصل الذّرائع يَقضي بأنَّ المداومة الظَّاهرة من هذا الإمام ممنوعةٌ؛ تنــــزيلا لحكم الذّريعة منــــزلةَ حكم ما يُتذرَّع إليه، واعتقادُ العامَّة أو بعضهم في الأحكام ومراتبها خلافَ ما وضعه الشَّارِع من الممنوع المحرَّم؛ لأنَّ فيه مناقضة لمقصود الشَّارع في تلك الأحكام؛ فلزم ذلك أنْ يكون العمل الذي أفضى إلى هذا الممنوع ممنوعا؛ وهو المطلوب.

والسَّببُ الذي يدفع العامَّة إلى هذا الاعتقاد هو ما رَأَوه من بعض أهل القدوة من: المداومة المطلقة الظَّاهرة لبعض المندوبات؛ أو التَّرك المطلق في الظَّاهر لبعض المندوبات أو المباحات.

ومن ههنا نصل إلى أنَّ السَّبب الأساس في انحراف اعتقاد النَّاس في مراتب الأحكام هو تنــــزيل بعض أهل القدوة لبعض الأحكام في العمل من حيثُ المداومةُ المطلقة والتَّرك المطلق منــــزلةَ أحكام أخرى تَشترِكُ معها في خاصّية التَّرك المطلق والمداومة المطلقة؛ فمن ثمَّ وَقَعَ الاشتباه للعامَّة؛ وهذا إذا لم يكُن ثمَّة ما يبيِّن المرتبة الحقَّة لهذا الحكم بالبيان القوليّ؛ أمَّا إذا وُجد البيان القوليّ وأدَّى مقصدَه بأنْ انتفى الانحرافُ في الاعتقاد بذلك البيان ارتَفَعَ حينها إعمالُ سدِّ الذَّريعة.

ومن وجوه الترك المطلق لبعض المباحات؛ إذا كان **المباح أو المندوب يتأتى فعله على وجوه** فيثابر فيه على وجه واحد تحريا له ويترك ما سواه؛ فيعتقد الجاهل أن الوجوه المتروكة في عمل العالم غير جائزة[٣].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢١.

[٢] المصدر السابق ٣/٣٢٦.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٣٣-٣٣٤.

كيفية منع الذّريعة فيما كان بهذه السبيل:

ومنه فإنَّ الطَّريق لمنع ذريعة اعتقاد تنـــزيل بعض الأحكام في غير رُتبها هو تركُ السَّبب الذي لأجله ترتَّب المنع؛ فتُتْرَكُ المداومة المطلقة حيثُ كانت هي السَّبب، ويُجتَنَبُ التَّركُ المطلق حيث كان المقتضي للممنوع؛ فعدَمُ المداومة الظَّاهرة للمندوب الذي نُـــزِّل منـــزلةَ الواجب بترك العمل به في بعض الأحايين هو الطَّريق لمنع الاعتقاد الفاسد[١].

ومن هذا القَبيل ما ثَبَتَ من أنَّ عمرَ بنَ الخطَّاب ﷺ قرأ السَّجدة على المنبر ثمَّ سَجَدَ وسجد معه الَّناس؛ وقرأها في كرَّة أخرى؛ فلمَّا قرُب من موضعها تهَيَّأ النَّاس للسّجود؛ فلم يسجدها، وقال: «إنَّ الله لم يكتبها علينا إلاَّ أنْ نشاء»[٢].

ومن فقه مالك أنه سئل عن التسمية عند الوضوء؛ فقال: «أيحبُّ أن يذبح؟!» إنكارا لما يوهمه سؤال السائل من تأكد الطلب فيها عند الوضوء[٣].

كذلك فإنَّ المندوب الذي تَرَك أهلُ القدوة العملَ به مطلقا ينبغي عليهم أنْ يفعلوه جهارا ليرفعوا عن النَّاس توهُّم كونه مُباحا؛ مثاله: قولُ مالك في نـــزول الحاجّ بالمحصَّب من مكَّة وهو الأبطح: قال مالك: «أستحبّ للأئمَّة ولمن يُقتدى به أن لا يُجاوِزه حتَّى ينـــزلوا به فإنَّ ذلك في حقِّهم»؛ قال الباجيّ: «لأنَّ هذا أمرٌ قد فعله النَّبيُّ ﷺ والخلفاء فتعيَّن على الأئمَّة ومن يُقتدَى به من أهل العلم إحياءُ سنَّته والقيام بها لئلاَّ يُترك هذا الفعلُ جملةً ويكون للنـــزول بهذا الموضع حكمُ النـــزول بسائر المواضع لا فضيلةَ للنـــزول به»[٤]؛ قال الشاطبي: «وظاهر من مذهب مالك أنَّ المندوب لا بُدَّ من التَّفرقة بينه وبين ما ليس بمندوب وذلك بفعله وإظهاره»[٥].

وكذلك يقال في المباح الذي نُـــزِّل منـــزلة المندوب بالمداومة عليه مطلقا بأن يتركوا العمل به في بعض الأحايين لبيان إباحته؛ وكذا المباح الذي ترك بَتَّةً من أهل الأسوة فإن عليهم العملَ به ليدفعوا عن العامة شبهة كونه مطلوب الترك.

---

[١] المصدر السابق ٣/٣٣٢-٣٣٣.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب سجود القرآن، باب من رأى أن الله عز وجل لم يوجب السجود، رقم: ١٠٢٧.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٣٣.

[٤] الباجي، المنتقى ٣/٤٤، الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٧.

[٥] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٧.

أمَّا إذا كان **المباح أو المندوب يتأتَّى فعلُه على وجوه**؛ فيُثابر العالم فيه على وجه واحد تحرّيا له ويترك ما سواه؛ فيعتقد الجاهل أنَّ الوجوه المتروكة في عمل العالم غير جائزة؛ فوجهُ سدّ الذّريعة أن يأتي بالأوجه التي تركها مُطلقا؛ ليُبيِّن دخول مرتبتها في الحكم ويدفع ما بالنَّاس من زلل في الاعتقاد.

ومثالُ ذلك ما نُقلَ عن مالك أنه سئل عن المرَّة الواحدة في الوضوء؛ قال: «لا؛ الوضوءُ مرَّتان مرَّتان، أو ثلاث ثلاث» مع أنَّه لم يحدّ في الوضوء ولا في الغسل إلاَّ ما أسبغ؛ قال اللَّخمي مُعلِّلا ذلك: «وهذا احتياطٌ وحِمايةٌ؛ لأنَّ العاميَّ إذا رأى من يُقتدى به يتوضأ مرَّة مرَّة فعل مثل ذلك، وقد لا يُحسِنُ الإسباغ بواحدة فيوقعه فيما لا تجزئ الصَّلاةُ به»[1].

بل قد صرَّح بذلك مالكٌ في بعض الروايات؛ قال: «لا أحبُّ الواحدة إلاَّ من العالم»[2]؛ أي: يصنع ذلك في خاصَّة نفسه.

وفي مذهب مالك من هذا القبيل كثير؛ وسأسوق في هذا الموضع بعضاً منها تدلُّ على ما وراءها:

من ذلك أنَّ الإمام مالكا ﷺ كان يكرَهُ **المجيء إلى بيت المقدس** خيفة أن يتَّخذ النَّاس ذلك سنة، وكان يكره مجيء قبور الشهداء خوفا من ذلك[3].

وقد كرِه مالكٌ **إتباعَ رمضان بصوم ستَّة أيَّام من شوَّال** مَخافةَ أنْ يَعتقِدَ العامَّةُ أنَّها في حكم صوم رمضان؛ قال القَرافيُّ: «قد وَقعَ ذلك بالعجم»[4].

الدليل على ذلك:

ومن الدَّليل على هذا الذي ذَهَب إليه مالك من التَّفريق بين مراتب الأحكام الأدلَّة التَّالية؛ وهي أدلة تعضُدُ أصلَ سدّ الذّرائع وتُقوِّيه:

فمن ذلك البيان القولي له ﷺ في النهي عن أمور خشية أن تلحق بالواجب:

---

[1] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٣٣-٣٣٤، الحطاب، مواهب الجليل ١/٢٦١.

[2] الحطاب، مواهب الجليل ١/٢٦١.

[3] الشاطبي، الاعتصام ٢/٢٣٨، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٦١. وانظر: الطرطوشي، الحوادث والبدع ٢٩٥.

[4] القرافي، الفروق ٢/١٩١، الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٥-٣٢٦.

قال ﷺ: «لا يتقدَّمن أحدكم رمضان بيوم أو يومين»[١]؛ لئلاَّ يُلحَق برمضانَ ما ليس منه[٢].

ومن البيان بالفعل أنَّه ﷺ قام ليالى من رمضانَ فى المسجد فاجتمع إليه ناسٌ يصلّون بصلاته ثمَّ كثروا فترك ذلك؛ وعلَّل بخشية الفرض[٣]؛ قال الشَّاطبي: «ويَحتمل وجهين: أحدهما: أنْ يُفرَض بالوحي؛ وعلى هذا جمهور النَّاس، والثَّانى: فى معناه وهو الخوفُ أنْ يظنّ فيها أحدٌ من أمَّته بعده إذا داوم عليها الوُجوب؛ **وهو تأويل مُتمكِّن**»[٤].

ومن الأدلَّة على منع الذّرائع المفضية إلى اختلال الاعتقاد في مراتب الأحكام؛ أنَّ الصحابةَ كانوا يحتاطون لهذا الباب؛ فقد ثبت عن كثير منهم أنَّهم كانوا يتركون الشَّيء المندوب إليه خشيةَ اعتقاد الناس وجوبه[٥]؛ ومن أمثلة ذلك عن الصَّحابة ﷺ:

ثَبتَ عن عثمان ﷺ أنه كان لا يقصر في السَّفر؛ فيُقال له: ألستَ قصرتَ مع النَّبيِّ ﷺ؟ فيقول: «بلى! ولكنِّي إمامُ النَّاس فينظر إليّ الأعراب وأهلُ البادية أصلِّي ركعتين؛ فيقول: هكذا فُرضَت»[٦]؛ فترى كيف أنَّ عثمان ﷺ ترك سنَّة القصر في السَّفر للمآل الذي خشيه من اعتقاد النَّاس ممَّن لم يكُن من أهل المدينة كونَ عدد ركعات الصَّلاة اثنيتن[٧].

وقال حذيفة بنُ أسيد ﷺ: «شهدتُ أبا بكر وعمرَ وكانا لا يضحِّيان مخافةَ أنْ يرى النَّاسُ أنَّها واجبةٌ»[٨]، ولا خلاف بين العلماء في أنَّ الأضحية مطلوبة؛ غيرَ أنَّ خوف المآل

---

[١] رواه البخاريّ في صحيحه، كتاب الصَّوم، باب لا يتقدَّمنَّ رمضان بصوم يوم أو يومين، رقم: ١٨١٥.

[٢] الشَّاطبيّ، الموافقات ٣/٣٢٣، الاعتصام ٣/٣٢٩.

[٣] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأذان، باب إذا كان بين الإمام وبين القوم حائط أو سترة، رقم: ٦٩٦.

[٤] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٢٤.

[٥] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٤، الاعتصام ٢/٣٢٩-٣٣٢.

[٦] رواه عبد الرزاق في المصنف رقم: ٤٢٧٧، البيهقي في السنن الكبرى عن عثمان ﷺ أنَّه أتمَّ الصَّلاة بمنى، ثمَّ خطب الناس؛ فقال الناس: «يا أيها الناس؛ إن القصر سنة رسول الله ﷺ وصاحبيه، ولكنه حدث طغام من الناس فخفت أن يستنوا». رقم: ٥٢٢٣.

[٧] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٤، الاعتصام ٢/٣٢٩.

[٨] رواه عبد الرزاق في المصنف، رقم: ٨١٣٩. الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٤-٣٢٥، الاعتصام ٢/٣٣١.

الفاسد من اعتقاد المندوب واجبا جعل فقهاء الصَّحابة رضي الله عنهم يتركون الأضحية بياناً لعدم الوجوب؛ وهذا هو عين الفقه[١].

قال الشَّاطبيّ: «وقد عوَّل العلماء على هذا المعنى وجعلوه أصلا يطَّردُ، وهو راجع إلى سدّ الذّرائع الذي اتَّفق العلماء على إعماله في الجملة وإن اختلفوا في التَّفاصيل»[٢].

المظهر الثَّاني: من مقاصد سدّ الذّرائع: حياطة جانب العبادة من الزيادة ومن طروق البدعة عليها:

ومن مقاصد إعمال سدّ الذّرائع حياطةُ جانب العبادة من أن يَصير الوصفُ عرضة لأنْ ينضمَّ إلى العبادة حتَّى يُعتَقَد فيه أنَّه من أوصافها أو جزءٌ منها؛ فتُعمَلُ قاعدة الذّرائع في ذلك بأنْ يُتَلافى إلحاقُ ذلك الوصف بالعبادة[٣]. فلهذا نجد أن مالكا رحمه الله يتشدَّدُ أيَّما تشدُّد في هذا المجال؛ فإنَّه يُنكِرُ الالتزامَ ببعض الهيئات في العبادة المشروعة أو تخصيصَ العبادات ببعض الأزمنة أو الأمكنة؛ لأنَّ في ذلك ذريعةً لئن يُعتَقَد أنَّ تلك الهيئاتِ أو التَّخصيصَ بالزَّمان والمكان جزءٌ من تلك العبادة ومن أوصافها الشَّرعية؛ وهي ليست كذلك.

وممَّا حكاه ابن وضاح في هذا السِّياق؛ قال: ثوَّب المؤذِّنُ بالمدينة في زمان مالك فأرسل إليه مالكٌ فجاءه فقال له مالك: ما هذا الذي تفعل؟ فقال: أردتُ أنْ يَعرِفَ النَّاسُ طُلوع الفجر فيقومون؛ فقال له مالك: لا تفعل لا تحدث في بلدنا شيئا لم يكن فيه قد كان رسول الله ﷺ بهذا البلد عشر سنين وأبو بكر وعمر وعثمان فلم يفعلوا هذا؛ فلا تحدث في بلدنا ما لم يكن فيه. فكفَّ المؤذِّنُ عن ذلك وأقام زمانا ثمَّ إنَّه تنحنح في المنارة عند طُلوع الفجر فأرسَلَ إليه مالكٌ فقال له: ما الذي تفعل؟ قال: أردت أنْ يعرِفَ النَّاسُ طُلوعَ الفجر؛ فقال له: ألم أنهك أن لا تُحدِثَ عندنا ما لم يكُن؟ فقال: إنَّما نهيتني عن التَّثويب؛ فقال له: لا تفعل. فكفَّ زمانا ثمَّ جعل يضرب الأبوابَ فأرسل إليه مالك فقال: ما هذا الذي تفعل؟ قال: أردت أن يعرف النَّاس طلوع الفجر؛ فقال له مالك: لا تفعل؛ لا تُحدِثِ في بلدنا ما لم يكن فيه[٤].

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٢٥، الاعتصام ٢/٣٣١-٣٣٢.

[٢] المصدر السابق ٣/٣٢٨.

[٣] الشاطبي، الاعتصام ٢/٣٢٨-٣٢٩.

[٤] الشاطبي، الاعتصام ٢/٣٩٥.

ويتأكّد الأمر عند مالك في منع الذريعة أن تكون الأوصافُ مُعلَناً بها في الجماعات والمواضع العامة؛ إذْ لا يسلم العامةُ من اعتقاد كون تلك الأوصاف من أجزاء العبادة.

ثالثا: إعمال أصل سد الذَّرائع في أبواب السِّياسة الشَّرعيَّة:

ومن أجلِّ مواقع إعمال سدّ الذّرائع مجالُ السِّياسة العامَّة المتعلِّقة بالأمَّة؛ فإنَّ لهذا الأصل أثرا عظيما في السِّياسات الرَّشيدة التي يتَّخذُها وُلاة الأمر حرصا منهم على مصلحة الأمَّة ودرءا للفساد عنها؛ ومِنْ أجلى مظاهر تطبيق هذا الأصل سياسةُ الحفاظ على أمن الأمَّة الدَّاخليّ والخارجيّ، فهو لا يتأتّى إلاَّ بهذا الأصل الوقائيّ الذي يسُدُّ منافذَ الفساد ويقطَعُ الطريق عليه، فلا يُنتظَر وقوع الفساد في الأمَّة، وإنَّما يُبادَر إلى منع الوقوع أوَّلا؛ وهذا هو الحزمُ والسِّياسةُ الشَّرعيَّة الحكيمة؛ قال الجويني: «منعُ المبادي أوْلى من قطع التَّمادي»[١].

ومُعتمد سدّ الذَّرائع كما تقدَّم الاكتفاءُ بمجرَّد ظنّ وقوعِ الممنوع من الوسيلة، ولا يُشتَرطُ فيها اليقينُ؛ وعلى هذا المهيع تُبنى السِّياسة لبُعْد اليقين وندورِه؛ بل السِّياسة تَعتَمد على احتمال إفضاء الذَّريعة إلى الفساد ولو كان ضعيفا؛ «فالذّرائعُ الملغاة في التَّشريع في حُقوق الخُصوص غيرُ مُلغاة في سياسة العُموم؛ ولذلك يقول عُلماء الشَّريعة: إنَّ نَظرَ ولاة الأمور في مصالح الأمَّة أوسعُ من نظر القُضاة»[٢].

قال الشيخ ابن عاشور في تفسير قول الله تعلى: ﴿**وإمَّا تخافَنَّ من قوم خِيانَةً فانبِذْ إليهم على سواء إنَّ الله لا يُحبُّ الخائنينَ**﴾[الأنفال:٥٨]-: «وإنَّما رتَّب نبذَ العهد على خوف الخيانة دون وُقوعها؛ لأنَّ شُؤونَ المعاملات السِّياسيَّة والحربيَّة تَجري على حسَب الظُّنون ومخايل الأحوال، ولا يُنتَظرُ تحقُّق وُقوع الأمر المظنون؛ لأنَّه إذا تريَّث وُلاةُ الأمور في ذلك يكونون قد عرَّضوا الأمَّة للخطر أو للتورُّط في غفلة وضَياع مصلحة؛ ولا تُدارُ سياسة الأُمَّة بما يُدار به القضاء في الحقوق؛ لأنَّ الحقوق إذا فاتت كانت بليَّتُها على واحد وأمكن تَدارُك فائتها، ومصالحُ الأمَّة إذا فاتت تمكَّنَ منها عدوُّها»[٣].

❖❖❖

[١] الجويني، الغياثي فقرة: ٢٦٩.

[٢] ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٩/١٣١-١٣٢.

[٣] ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٠/٥٢.

المبحث الثّالث:

سدّ الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب

وفي هذا المبحث مطلبان؛ وهما:

المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية أصل سد الذرائع.

المطلب الثَّاني: علاقة سدِّ الذرائع بالأصول الاجتهادية في المذهب.

المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية أصل سدّ الذّرائع:

أصل سدِّ الذَّرائع عند المالكية من الأصول القطعيَّة التي ثَبَتَ اعتبارُها في الشَّرع اعتبارا قاطعا؛ قال الشَّاطبيُّ: «وسدُّ الذّرائع مطلوبٌ مشروع؛ وهو أصل من الأصول القطعيَّة في الشَّرع»[١]؛ وقد احتجَّ المالكيَّةُ لإثبات حجيَّة هذا الأصل بأدلَّة مُتكاثِرَة سآتي في هذا المطلب على عُيونها:

الدَّليل الأوَّل: سدُّ الذّرائع ممَّا بُنِيَ الشَّرعُ عليه:

لقد دلَّ استقراءُ تصرُّفات الشَّارع على أنَّه لَحَظ في تشريعه منعَ ذرائع المحظور؛ وحسمَ مادَّة الفساد؛ وقطعَ السُّبل التي يُمكِنُ أن يُفضي بها إلى ما نهى الله عنه؛ وقد أفادت تلك الأحكام الجارية على منع الذّرائع عُموماً معنويًّا وأصلا كليًّا بحيث يُستدلُّ به رأسا على تفاريع المسائل، من دون احتياجٍ إلى القياس على خُصوص النُّصوص. كما أنَّ هذا الاستقراء أفاد بأنَّ أصل سدّ الذّرائع من الأصول القطعيَّة في الشَّرع؛ لأنَّ الاستقراء التَّامَّ هي الآليَّة التي أفادت هذا الأصل، وهذا النّوعُ من الاستقراء ممَّا يُفيد العلم.

قال الشَّاطبيُّ: «الذّرائع قد ثبت سدُّها فى خُصوصات كثيرة بحيث أعطَتْ فى الشَّريعة معنى السَّدِّ مُطلقا عامًّا»[٢].

وقد عمل السلف بقاعدة سدّ الذّرائع مرتكزين على هذا العموم المعنويّ الذي فهموه من تصرُّفات الشَّارع في تشريعه؛ قال الشَّاطبي: «قاعدةُ سدّ الذّرائع إنَّما عمِلَ السَّلف بها بناءً على هذا المعنى»[٣].

وإذا ثبت هذا فنأتي إلى بيان بعض تفاريع الشَّريعة التي انبنت على اعتبار سدِّ الذَّرائع ودلَّت عليه؛ وهي شواهدُ كثيرة:

الشَّواهد من كتاب الله:

١- ومن هذه الشَّواهد قوله تعالى: ﴿**يا أيُّها الذين آمَنوا لا تقُولُوا راعِنَا وقُولُوا انظُرْنا**﴾[البقرة:١٠٤]؛ فمَنَعَ الله تعالى المسلمين من أن يقولوا: «راعنا» مع قصدهم إلى طلب

---

[١] الشاطبي، الموافقات ٣/٢٢٠.

[٢] المصدر السابق ٣/٣٠٥-٣٠٦.

[٣] المصدر السابق ٣/٣٠٠.

الرِّعاية؛ سدّا لباب كان اليهود يدخلون منه إلى سبِّ النبي ﷺ؛ إذْ يستعملون هذه الكلمة ولا يقصدون منها طلب الرِّعاية، وإنَّما يقصدون بها معنى اسمِ الفاعل المأخوذ من الرّعونة[١]، وقيل: بأنَّ "راعنا" بلسان اليهود سبّ؛ أي: اسمع لا سمعتَ، فاغتنموها وقالوا: كنَّا نسبُّه سرّا فالآن نسبُّه جهرا[٢].

٢- ومن هذا الباب قولُه تعالى: ﴿**ولا تسُبُّوا الذين يَدْعُونَ من دون الله فيسُبُّوا الله عَدْواً بغير عِلْم**﴾[الأنعام:١٠٨]؛ فقد نهى الله تعالى عن أن تُسَبَّ معبوداتُ المشركين على سَمْع منهم، وفي الآية بيانُ أنَّ وجه النَّهي عن هذا السّبّ إفضاؤُه إلى الممنوع؛ وهو إطلاق ألسنتهم بسبِّ الله تعالى[٣].

وممَّا يُشبه هذا الشاهد ما جاء في الصحيح عن النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «من أكبر الكبائر شتم الرَّجل والديه» قالوا: يا رسولَ الله؛ وهل يشتم الرَّجلُ والديه؟! قال: «نعم؛ يسُبُّ أبا الرَّجل فيسبّ أباه، ويسبّ أمَّه فيسبّ أمَّه»[٤]. فجعل ﷺ الرَّجل شاتما لوالديه ولم يصدُر منه شتمُهما حقيقة، وإنَّما كان منه تعاطي وسيلة هذا الشَّتم، وهو شتمُه لوالد الرَّجل الأجنبيّ أو لأمِّه؛ فدلَّ هذا على أنَّ فاعل الوسيلة بمنـــزلة فاعل ما يُتوسَّل إليه؛ فالتَّعرُّض لسبِّ الآباء سبٌّ للآباء[٥].

٣- وقوله تعالى: ﴿**واسْأَلْهُم عن القَرْيَة التي كانت حاضِرَةَ البَحْرِ**﴾[الأعراف:١٦٣] الآية فحرَّم عليهم تبارك وتعالى الصَّيدَ في يوم السبت؛ فكانت الحيتانُ تأتيهم يومَ السَّبت شُرّعا ظاهِرَة؛ فسدّوا عليها يوم السَّبت وأخذوها يوم الأحد؛ وكان السُّدُّ الذي وَضعوه ذريعةً

---

[١] ابن عطية، المحرر الوجيز ١/٤٢٦، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٥٦.

[٢] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٧-٥٨، الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، الإشارة ٣١٦، ابن رشد، المقدمات ١/٣٦١، الراعي الأندلسي، انتصار الفقير السالك ٢٣٥، ابن عطية، المحرر الوجيز ١/٤٢٦.

[٣] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢/٢٦٥-٢٦٦، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٨، ٧/٦١، رشد، المقدمات ١/٣٦١، ابن ابن فرحون، تحفة الحكام ٢/٣٦٥، الراعي الأندلسي، انتصار الفقير السالك ٢٣٤، ابن عطية، المحرر الوجيز ٥/٣١٢-٣١٣.

[٤] تقدَّم تخريجه.

[٥] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٩، الشاطبي، الاعتصام ٢/٣٣٦-٣٣٧، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٥٦.

للاصطياد؛ فعاقَبَهم الله تعالى على هذا الفعل فمَسَخَهم الله قردة وخنازير. وذكر الله لنا ذلك في معنى التحذير من ذلك والاعتبار به[١].

قال ابنُ العربيّ: «قال علماؤنا: هذه الآية أصلٌ من أصول إثبات الذّرائع...»[٢].

٤- قال الله تعالى: ﴿**ولكنْ لا تُواعِدُوهُنَّ سِرّا**﴾[البقرة:٢٣٥] فمَنعت الشَّريعة خطبة المعتدَّة باللَّفظ الصَّريح؛ لأنَّ في ذلك إمكانَ أنْ تتسرَّع المعتدَّة بإجابة الخطْب وادّعاء انقضاء العدَّة قبل انتهاء أجلها حيققةً؛ وهذا ما يُفضي إلى فساد اختلاط الأنساب[٣]. وللعلَّة نفسها مُنِعَت المرأةُ من الزِّينة حال العدَّة[٤].

٥- قوله تعالى: ﴿**قلْ للمُؤمنين يغُضُّوا من أبْصارِهم ويَحْفَظُوا فُروجَهُم ذلك أَزْكَى لهم إنَّ الله خَبيرٌ بما يصنَعونَ**﴾[النور:٣٠]؛ فالأمرُ بغضِّ الطَّرف كان من جهة أنَّ النَّظر يُثير الهَوَى، والهوى يبعَثُ على ارتكاب الفاحشة التي تؤدِّي إلى مفسدة هتك الأعراض واختلاط الأنساب[٥].

الشَّواهد من السّنة النّبويَّة:

ومن الأدلَّة الواردة في السُّنة على حجيَّة المنع من الذّرائع:

---

[١] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥٨/٢، ابن العربيّ، القبس ٧٨٦/٢، الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، الإشارة ٣١٥-٣١٦، ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦١/١، الراعي الأندلسي، انتصار الفقير السالك ٢٣٤.

[٢] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٣٣١/٢.

[٣] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٨٤/١، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٥٦/٣. وللمالكيَّة قاعدة مفادُها: "منع المواعدة بمَّا لا يصحّ وقوعه في الحال؛ سدّا للذريعة"؛ قال المقَّريُّ: «قاعدة: أصلُ مالك منعُ المواعدة بما لايصح وقوعُه في الحال؛ حمايةً. كالمواعدة في العدَّة وعلى بيع الطَّعام قبل قَبضه ووقت نداء الجُمعة وعلى ما ليس عندك وفي الصَّرف، وثالثها الكراهة...». المقَّريّ، القواعد رقم ٨٩٠، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٩٢، الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ٢٧٨-٢٨٠، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٥٠٩/٢-٥١٠.

[٤] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٢٨٤/١.

[٥] الشاطبي، الاعتصام ٣٣٥/٢، محمَّد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٥٦/٣.

١- قولُه ﷺ: «دعْ ما يريبُك إلى ما لا يريبُك»[١]، وقوله ﷺ: «الحلال بيِّن والحرام بيِّن وبينهما مشتبهات، فمن اتَّقى الشُّبهات فقد استبرأ لدينه، ومن وقع في الشُّبهات كان كالرَّاعي حول الحِمَى يُوشِك أنْ يَقَع فيه؛ ألا وإنَّ لكلِّ ملك حمى، ألا وإنَّ حِمَى الله محارمُه»[٢].

قال القرطبيُّ: «فمَنَعَ من الإقدام على الشّبهات مخافةَ الوقوع في المحرَّمات؛ وذلك سدًّا للذّريعة»[٣].

٢- وعن عائشة رضي الله عنها أنَّ أمَّ حبيبةَ وأمَّ سلمةَ رضي الله عنهنَّ ذكرتا كنيسةً رأياها بالحبشة يها تصاويرُ فذكرتا ذلك لرسول الله ﷺ فقال رسولُ الله ﷺ: «إنَّ أولئك إذا كان فيهم الرَّجُل الصَّالح فمات بَنَوْا على قبره مسجدا وصوَّروا فيه ذلك الصّور؛ أولئك شِرارُ الخلق عند الله»[٤].

فحذَّر النَّبيُّ ﷺ عن مثل صنيعهم، وشدَّد النَّكير والوعيد على من فعل ذلك من هذه الأمة، وسدَّ الذّرائع المؤدِّية إلى ذلك فنهى أنْ تُتَّخذ قبور الأنبياء مساجدَ لئلاَّ تكون ذريعة إلى عبادتها[٥]؛ وقال: «اللَّهمَّ لا تجعل قبري وثنا يُعبد»[٦].

٣- وقوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[٧].

فمنعُ فضل الماء المملوك في الأصل جائزٌ لأنَّه تصرُّفٌ في الملك؛ إذ الإنسان مُسلَّطٌ على ماله، ولكن لما اتُّخذ ذريعة إلى منع الكلأ الذي حوله صار منعُ الماء منهيّا عنه[١].

---

[١] رواو الترمذي، في جامعه، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع، رقم: ٢٥١٨، وأحمد في مسنده رقم: ١٧٢٣؛ وابن حبان في صحيحه، رقم: ٧٢٢، وقال الترمذي فيه: حديث حسن صحيح. الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، ابنُ رشد، المقدمات ٣٦٢/١، ابن فرحون، تحفة الحكام ٣٦٤/٢.

[٢] رواه البخاريّ في صحيحه، كتاب الإيمان، باب فضل من اسبرأ لدينه، رقم: ٥٢. الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٣، ابن رشد، المقدمات٣٦٢/١، ابن فرحون، تحفة الحكام ٣٦٤/٢.

[٣] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥٨/٢-٥٩.

[٤] رواه البخاري في صحيحه، أبواب المساجد، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ويتخذ مكانها مساجد، رقم: ٤١٧.

[٥] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥٨/٢.

[٦] رواه مالك في الموطأ، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب جتمع الصلاة، رقم: ٤١٤.

[٧] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه، رقم: ١٤٢٧، والبخاري في صحيحه، كتاب المساقاة- الشرب، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء، رقم: ٢٢٢٦.

٤- نَهَى النَّبيُّ ﷺ عن الخليطين من الأشربة[٢]، ونَهَى كذلك عن الانتباذ في الدُّبّاء والمُزفَّت[٣]؛ ومُدرَكُ هذا النَّهي أنَّ الخلط عند الانتباذ والانتباذَ في الدُّباء والمزفَّت ممَّا يُعجِّل تغيير ما ينبذ فيه؛ فسُدَّت الذَّريعة[٤]؛ قال زرّوق: «وهذا أصل في سدّ الذّرائع في المذهب»[٥].

٥- وقال ﷺ: «إذا تبايعتُم بالعِينة وأخذتم أذنابَ البقر ورضيتُم بالزَّرع وتركتُم الجهاد؛ سَلَّط الله عليكم ذُلاًّ لا يَنـــزِعُه منكم حتَّى ترجعوا إلى دينكم»[٦].

وقال أبو عبيد الهرويُّ: «العينة هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مُسمّى ثمَّ يشتريها منه بأقلّ من الثَّمن الذي باعها به»[٧]. وهذه الصّورة هي من صُور بيوع الآجال التي مَنعَ منها المالكيَّةُ سدّا للذَّريعة.

٦- وروي أنَّ أمَّ ولدٍ لزَيدِ بنِ الأرقم ذكرت لعائشة رضي الله عنها أنها باعت من زيد عبدا بثمانمائة إلى العطاء ثمَّ ابتاعه منه بستمائة نقدا؛ فقالت عائشة: «بئسَ ما شريت وبئسَ ما اشتريت! أبلغي زيداً أنَّه قد أبطل جِهادَه مع رسول الله ﷺ إنْ لم يتُب»[٨].

ومثلُ هذا الكلام من عائشة رضي الله عنها لا يُقال من قِبَل الرَّأي؛ لأنَّ إبطال الأعمال لا يدرك إلا من جهة الوحي؛ كما أنَّ هذا التَّغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلا عن

---

[١] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٠، الباجي، المنتقى ٣٧/٦.

[٢] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأشربة، باب ما يكره أن ينبذ جميعا، رقم: ١٥٣٨، والبخاري في صحيحه، كتاب الأشربة، باب من رأى أن يخلط البسر والتمر، رقم: ٥٢٧٩، رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، رقم: ١٩٨٦.

[٣] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأشربة، باب ما ينهى أن ينبذ فيه، رقم: ١٥٣٦، والبخاري في صحيحه، كتاب الأشربة، باب الخمر من العسل، رقم: ٥٢٦٥. والدُّبّاء هي القرع، والمزفَّت هو ما طُلِيَ بالزفت. المنتقى للباجي

[٤] الباجي، المنتقى ١٤٨/٣.

[٥] زروق، شرح الرسالة ٣٥٣/٢.

[٦] رواه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، رقم: ٣٤٦٢، وأحمد في مسنده، رقم: ٥٠٠٧، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة رقم: ١١.

[٧] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥٩/٢.

[٨] رواه عبد الرزاق في مصنفه، رقم: ١٤٨١١٣،٨/١٨٥، والدارقطني، في السنن، كتاب البيوع، ٥٢/٣. قال ابنُ عبدِ الهادي في "التَّنقيح": هذا إسناد جيد. نصب الراية ٢٤/٤.

توقيف؛ فثَبَت بهذا أنَّ هذا الأثر الموقوف له حُكم الرفع إلى رسول الله ﷺ[١]. والصّورة التي تمّ فيها البيع هي من صور بيوع الآجال التي منها المالكيَّة حَسما للذَّريعة.

٧- وقال ﷺ: «لا يُفرَّق بين مجتمع، ولا يجمع بين مفرَّق»[٢].

قال ابن العربيّ: «فيه دليل على ما قلناه في الحوطة في الزكاة ومنع التَّطرُّق إلى إسقاطها»[٣].

٨- وقال ﷺ حين أُشير عليه بقتل من ظهر نفاقه: «أخافَ أن يتحدَّث النَّاسُ أنَّ محمَّدا يقتُل أصحابَه»[٤].

فامتنع النَّبيّ ﷺ عن قتل المنافقين لئلاّ يكون قتلهم ذريعة لأنْ يشيعَ بين الناس أنَّ محمَّدا يقتُل أصحابَه، وفي هذا فساد كبير.

٩- وقال ﷺ لعائشة: «لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأسَّستُ البيتَ على قواعِد إبراهيمَ»[٥]؛ فقد امتنع النَّبيّ ﷺ من بناء الكعبة على قواعد إراهيم حِذارَ المفسدة الممكِنة في مآل هذا العمل؛ وهو أنْ يجد المسلمون وهم حديثو عهدٍ بكُفر في أنفسهم من هذا الصَّنيع؛ فتركه ﷺ.

قال القاضي عياضٌ في شرح الحديث:

«وقد اقتدى بهذا الإمامُ مالك رحمه الله في هذه المسألة؛ فذُكِرَ أنَّ الرَّشيدَ ذَكرَ له أنَّه يُريد هدم ما بَنَى الحجّاج من الكعبة ويردّها على بنيان ابنِ الزّبير لهذا الحديث الذي جاء وامتثله ابنُ الزّبير، وقال له مالك: ناشدتُك الله يا أميرَ المؤمنين ألاَّ تجعلَ هذا البيتَ مَلعبةً للمُلوك، لا يشاء أحدٌ إلاَّ نَقضَ البيتَ وبناه، فتذهب هيبتُه من صُدور النَّاس؛ فرحمَ الله مالكا»[٦].

---

[١] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥٩/٢، الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٥، القرافي، الفروق ٢٦٧/٣، الشاطبي، الاعتصام ٣٣٧/٢-٣٣٨، عبد الوهاب، الإشراف ٥٦٠/١.

[٢] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، رقم: ١٣٨٢.

[٣] ابن العربيّ، القبس ٤٦٩/١-٤٧٠، وانظر الشاطبي، الاعتصام ٣٣٤/٢.

[٤] تقدم تخريجه.

[٥] رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه، رقم: ١٢٦ن ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، رقم: ١٣٣٣.

[٦] عياض، إكمال المعلم ٤٢٨/٤، الشاطبي، الموافقات ١٩٧/٤-١٩٨.

فقد اقتدى إمامُ دار الهجرة ﷺ بالنَّبيّ ﷺ حيث أفتى الرَّشيد بعدم هدم الكعبة، لكن لمآل آخرَ غير المآل الذي لأجله امتنع النَّبيّ ﷺ من إعادة بناء الكعبة؛ وهو أنَّ كثرة الهدم في أزمنة مُتقاربة ممَّا يُزيل الهيبة من قلوب المسلمين لهذه البَنيَّة؛ فرضي الله عن مالك.

من أدلة المنع أن مراعاة التهمة أصل في الشرع:

ومن الأدلَّة على سدّ الذّرائع أنَّ مُراعاة التُّهَمَة في الشَّرع أصلٌ متقرِّر في كثير من الأحكام؛ قال ابنُ رشد الجدُّ مُستدلاّ لحجيَّة سدّ الذّرائع: «وأيضا فإنَّ مُراعاة التّهمة أصلٌ يُبنى الشَّرعُ عليه»[1]. والدليل على هذا الأصل ما وَرَدَ في الشَّرع من أحكام كان أساسُ المدرك فيها التّهمة؛ فمن ذلك:

قول رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنين»[2].

فمن عُلِمَت بينه وبين غيره خُصومةٌ لم تُقبَل شهادة أحدِهما على الآخر؛ خشيةَ الحيف؛ وبناءً على هذا لم يجز المالكيَّة شهادة الأب لابنه، ولا شهادةَ الابن لأبيه من طريق التّهمة؛ حتَّى ولو كان برّا تقيّا[3].

ومما مُنِع للتّهمة حرمان القاتل عمدا من الميراث قال ﷺ: «القاتل لا يرث»[4]؛ وهذا اتِّهاما له بأنَّه قَصَدَ إلى استعجال الميراث[5].

وورَّث الصَّحابة ﷺ المبتوتة في مرض الموت حتَّى ولو كان المطلِّق ممَّن لا تحوم حوله سحائبُ الاتِّهام؛ سدّا للباب وحماية للحُقوق أنْ يُفتات عليها[6].

الدَّليل الثَّاني: عمل السَّلف بأصل سدِّ الذَّرائع:

---

[1] الباجي، إحكام الفصول فقرة: ٧٥٥، ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦٢/١.

[2] رواه البيهقي في السنن الكبرى، رقم: ٢٠٦٤٩، ٢٠١/١٠، وقال الحافظ ابن حجر: ليس له إسناد صحيح؛ لكن له طرق يقوى بعضها ببعض. التلخيص الحبير ٢٠٣/٤. ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦٢/١.

[3] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦٢/١، ابن العربيّ، القبس ٧٨٦/٢، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٥.

[4] رواه الترمذي في الجامع، كتاب الفراض، باب إبطال ميراث القاتل، رقم: ٢١٠٩، وابن ماجه في السنن، كتاب الفرائض، باب ميراث القاتل، رقم: ٢٧٣٥. صححه الألباني، صحيح ابن ماجه رقم: ٢٢٢٨.

[5] ابن رشد، المقدمات الممهدات ٣٦٢/١.

[6] المصدر السابق ٤٢/٢. ووقد تقدم تخريج حديث توريث عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف.

ومن أجْلَى هذه الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّة سدّ الذّرائع عمل السَّلف الصَّالح من الصحابة ﷺ ومن تبعهم من الأئمَّة على وَفق أصل سدّ الذّرائع؛ بحيث دلَّ ذلك منهم على الإجماع على أصله من حيثُ الجملة.

كتركهم الأضحية مع القدرة عليها[1].

وكإتمام عثمان ﷺ الصَّلاة في حجِّه بالنَّاس وتسليم الصَّحابة له في عُذره الذي اعتَذَرَ به من سدّ الذّريعة[2].

ومن ذلك تحريقُ عثمانَ المصاحف؛ لئلاَّ يختلفوا في القُرْآن وانعقَدَ الإجماعُ على فعله[3].

الدليل الثالث: أصل سدّ الذّرائع يشهد له أصل المعقولية في التشريع الإسلامي:

وممَّا يُستدلُّ لأصل منع الذّرائع: أنَّه قد ثبت على سبيل القطع أنَّ الشَّريعة إنَّما جاءت لتحصِّل مصالح العباد في العاجل والآجل؛ وتأسيسا على معقوليَّة التَّشريع وأصل التَّعليل فيها فإنَّ القول بأصل سدّ الذّرائع لازمٌ وإلاَّ أدَّى نفيُه إلى خَرْم هذا الأصل القطعيّ؛ وهو ممَّا لا يجوز. تقرير ذلك: أنَّ الفعل المأذون فيه بحكم الاقتضاء الأصليِّ للدَّليل إنَّما كان لأجل تحصيل المصلحة التي لها شُرِعَ الحكم؛ فإن كان هذا الفعلُ يُفضي في مآله إلى خلاف ما قصد إليه الشَّرعُ من تحصيل المصلحة بأنْ كان ذلك الفعلُ يُفضي إلى مفسدة أرجحَ من مصلحة الأصل؛ فإنَّ البقاء حينها على أصل الإذن ممَّا يناقِضُ أصلَ المعقوليَّة في التَّشريع؛ فاقتضى هذا أنْ يُمنع هذا الفعلُ اعتبارا بمفسدة المآل الرَّاجحة على مصلحة الأصل.

اعتراض القرافي على دليل المالكيّة:

وقد كان للقرافيِّ على أدلَّة المالكيَّة التي سَبَقَ بَسْطُها اعتراضٌ وجيهٌ؛ قال القَرافيّ: «ويُحكى عن المذهب المالكيّ اختصاصه بسد الذّرائع؛ وليس كذلك بل منها ما أجمع عليه كما تقدَّم؛ وحينئذ يظهر عدمُ فائدة استدلالِ الأصحاب على الشَّافعيَّة في سدّ الذّرائع بـــ:...» فعدَّد بعض الأدلَّة السَّابقة.

---

[1] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٠. وتقدم ذكر بعض الآثار عن بعض الصحابة في ذلك.

[2] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٠. تقدم تخريجه.

[3] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/١٦٣.

ثمَّ قال: «فهذه وجوهٌ كثيرة يستدلُّون بها وهي لا تُفيد؛ فإنَّها تدلُّ على اعتبار الشَّرع سدّ الذّرائع في الجملة، وهذا مُجمَع عليه وإنَّما النِّـــزاع في ذرائعَ خاصَّة وهي بيوع الآجال ونحوها، فينبغي أنْ تُذكَر أدلَّةٌ خاصّة لمحلِّ النـــزاع وإلاَّ فهذه لا تفيد.

وإنْ قصَدوا القياس على هذه الذّرائع المجمع عليها فينبغي أن يكون حجَّتُهم القياس خاصّة ويتعيَّن حينئذ عليهم إبداءُ الجامع حتَّى يتعرَّض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلُهم شيئا واحدا وهو القياس، وهم لا يعتقدون أنَّ مُدرَكهم هذه النّصوص، وليس كذلك فتأمَّل ذلك، بل يتعيَّنُ أنْ يذكُروا نصوصا أُخرَ خاصَّة بذرائع بيوع الآجال خاصَّة ويقتصرون عليها، نحو ما في الموطَّإ أنَّ أمَّ ولد زيد بن أرقم...»[1].

الجواب عن اعتراض القرافي في احتجاج المالكيّة على منع الذّرائع:

وقد ردَّ الشَّاطبيُّ ومن تَبِعَه كابن عاشور اعتراضَ القَرافيِّ بأنَّ الاحتجاج بأصل سدّ الذّرائع كان على أساس كونه عُموماً معنويّا؛ ومن طبيعة العُموم المعنويّ أن يُستدَلَّ به على خصوص المسألة دون احتياج إلى قياس على نصٍّ معيَّن؛ فالمجتهد إذا «استقرى معنى عامّا من أدلة خاصة واطَّرد له ذلك المعنى لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاصّ على خصوص نازلة تعنّ، بل يَحكُم عليها وإنْ كانت خاصَّة بالدُّخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره؛ إذْ صارَ ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامَّة؛ فكيفَ يُحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصَّة بمطلوبه؟!»[2].

وعلى هذا يندفع اعتراضُ القَرافيّ على احتجاج المالكيّة بتلك الأدلَّة على حجيَّة أصل سدّ الذّرائع؛ إذ كانت تلك الأدلَّة مسوقةٌ لتقرير الأصل المعنويّ الذي إذا ثَبَتَ لم يُحتَج بعده إلى خُصوص تلك النُّصوص عند الاستدلال.

قال الشَّاطبيّ بعد نقله اعتراضَ القَرافيّ: «هذا ما قال فى إيراد هذا الإشكال؛ وهو غير وارِد على ما تقدَّم بيانُه؛ لأنَّ الذّرائع قد ثبت سدُّها فى خُصوصات كثيرة بحيث أعطت فى الشَّريعة معنى السَّدِّ مُطلقا عامّا»[3].

---

[1] القرافي، الفروق ٣/٢٦٦-٢٦٧، ونقل الزركسي ذلك عنه ٨/٩٠-٩١.

[2] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٤.

[3] الشاطبي، الموافقات ٣/٣٠٥، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٢/٢٢٤.

لكنْ يبقى لي موضعُ إشكال في كلام القَرافيّ لم يجب عنه الشاطبي وابن عاشور؛ بيانُه: أنَّ المالكيّة إنَّما احتجّوا في الاستدلال على مطلق أصل الذّرائع؛ وقد عُلِمَ أنَّ بعض الذّرائع ممَّا وقع فيها الخلاف؛ وعليه فإنَّ المنهج القويم في الاحتجاج أنْ يُثبَتَ أوَّلا أنَّ أصل الذّرائع من حيثُ الجملة مُعتبر؛ ثمَّ يُحتجَّ بعد ذلك على الاحتجاج بالذّرائع التي وقع فيها الخِلافُ؛ خاصَّة الذّرائع التي تُفضي إلى الممنوع كثيرا لا قليلا.

فالعُموم المعنويّ الذي قال به الشَّاطبيّ إنَّما يُحتجُّ به في القدر الذي دلَّت عليه النُّصوص المستقرأة في تكوين هذ العموم؛ فلو ثَبَتَ أنَّ هذا القدر إنَّما يختصُّ برُتَب الذّرائع التي وَقعَ فيها الاتِّفاق؛ لما كان للاحتجاج بهذا العُموم المعنويِّ على الرُّتب التي وَقَع فيها الخلاف مِنْ مَعنى؛ إذْ لا تَطابُقَ بيْن الدَّليل وبين ما احتُجَّ له.

ومنه؛ فإنَّا نُثبت في هذا المقام أنَّ العُمومَ المعنويّ ثابتٌ كذلك في الرّتبة التي قال فيها المالكيّة بسدّ الذّرائع وخالفهم في ذلك من خالفهم:

قد ثَبتت جملةٌ من الأحكام مَنَعها الشّارعُ لإفضائها إلى الممنوع كثيرا؛ وليست من قبيل ما مُنِعَ لإفضائه إلى الممنوع غالِبا؛ ومن هذه الأحكام[١]:

١- قد نهى ﷺ عن الخليطين[٢] وعن شرب النبيذ بعد ثلاث[٣]، وعن الانتباذ فى بعض الأوعية[٤]، وبين ﷺ أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة فقال ﷺ: «لو رخصت فى هذه لأوشك أن تجعلوها مثل هذه»[٥]؛ قال الشَّاطبيّ: «يعني: أنَّ النُّفوس لا تقِفُ عند الحدِّ المباح فى مثل هذا، ووُقوع المفسدة فى هذه الأمور ليست بغالبة فى العادَة وإن كثر وُقوعها»[٦].

٢- وحرّم ﷺ الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأن تُسافِرَ مع غير ذي مَحرم[٧].

---

[١] الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/٣٦٣.

[٢] تقدم تخريجه.

[٣] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب إباحة النبيذ الذي لم يشتد ولم يصر مسكرا، رقم: ٢٠٠٤.

[٤] تقدم تخريجه.

[٥] رواه النسائي في سننه، كتاب الأشربة، باب الإذن في الانتباذ، رقم: ٥٦٤٦، وابن حبان في صحيحه رقم: ٥٤٠١.

[٦] الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/٣٦٢-٣٦٣.

[٧] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة، رقم: ٢٨٤٤. الشَّاطبيّ، الموافقات ٢/٣٦٣.

٣- ونَهَى ﷺ عن بناء المساجد على القبور[١]، وعن الصَّلاة إليها[٢].

٤- ونهى ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمَّتها أو خالتها[٣]، وقال: «إنَّكم إذا فعلتُم ذلك قطعتُم أرحامكم»[٤].

٥- وحُرِّم خطبة المعتدَّة تصريحا ونكاحها[٥].

٧- وحُرِّم على المرأة فى عدَّة الوفاة الطِّيبُ والزِّينةُ وسائر دواعي النِّكاح، وكذلك الطِّيب[٦] وعقد النِّكاح للمُحرِم[٧].

٨- ونُهِيَ عن البيع والسَّلف[٨]، وعن هديَّة المديان[٩].

٩- وعن ميراث القاتل[١٠].

١٠- وعن تقدُّم شهر رمضانَ بصوم يوم أو يومين[١١].

إلى غير ذلك ممَّا هو ذريعة والإفضاءُ بها إلى الممنوع كثيرٌ وليس بغالِب ولا أكثريّ؛ كما يقول الشَّاطبيُّ[١].

---

[١] رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور، رقم: ٥٤٢.

[٢] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس إلى القبر والصلاة عليه، رقم: ٩٧٢. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٣.

[٣] رواه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء، رقم: ١١٠٨، والبخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم: ٤٨٢٠.

[٤] أخرج هذه الزيادة الطَّبرانيّ في المعجم الكبير، رقم: ١١٩٣١، ١١/٣٣٧. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٣.

[٥] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[٦] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، رقم: ٩٣٨. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[٧] رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وخطبته، رقم: ١٤٠٩. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[٨] رواه الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: ١٢٣٤، وقال: حديث حسن صحيح، أحمد في مسنده، رقم: ٦٦٢٨، وابن حبان في صحيحه، رقم: ٤٣٢١. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[٩] رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب القرض، رقم٢٤٣٢، وعزاه ابن القيم لسعيد بن منصور في سننه. أعلام الموقعين ٣/١٣٥.

[١٠] تقدم تخريج الحديث. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

[١١] تقدم تخريجه. الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

وبهذا ثَبَتَ العُموم المعنويّ من تفاريق هذه الأحكام وغيرها على أن سدّ الذّرائع أصلٌ شرعيّ كليّ فيما كان وُقوعُ المفسدة من الوسيلة بكثرة، دون أن تكون غالبةً.

المطلب الثاني: علاقة سدّ الذّرائع بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب:

الفرع الأول: علاقة سدّ الذرائع بالمصالح المرسلة:

المصلحةُ التي تحقِّقُها خطّة سدّ الذّرائع أعمّ من المصلحة المرسلة؛ إذْ إنَّ أصل سدّ الذّرائع يكون لتلافي المفاسد التي تُقابِلُ المصالح المنصوصة وغير المنصوصة التي ثبتت بالاستقراء (أعني أجناس المصالح). فالخطَّتان تجتمعان في بعض الأحيان وتختلفان في أحيان أخرى.

فقد تجتمع هاتان الخطَّتان في الدَّلالة على بعض الأحكام؛ ووجهُ الصِّلة إذاك أنَّ المصالح المرسلة تَعْلَقُ بالجانب المصلحيِّ الوُجودي، فالمصلحة التي يُراد من هذا الحكم المثبَتِ تحقيقُها في الوجود إنَّما يكون بخطَّة الاستصلاح المتضمَّن في كَنَفه المصلحةَ المُطلقَةَ عن الاعتبار الخاصّ. أمَّا سدّ الذّرائع فالنَّظرُ إليه إنَّما يكون من الجانب العدَميّ؛ أعني أنَّ موجبَ هذه الخطَّة هو تلافي المفسدة الواقعة أو المتوقَّعة المقابلة للمصلحة المؤسَّسة على أصل الاستصلاح.

ويتبايَنُ الأصلان في حالتين:

الأُولى: ينفردُ الاستدلال المرسل في حال كانت المصلحةُ التي تثبُت به لا يُقابِلُها مفسدةٌ في حال فواتها؛ وخلوُّ المفسدة يقتضي بالضَّرورة عدمَ وجود مُقتضي إعمالِ أصل سدّ الذّرائع؛ ومعلومٌ أنَّ كثيرا من المصالح قد لا يُقابِلُها في حال فواتها مفسدة، بل قد يكون في ذلك مصلحةٌ أدونَ من المصلحة الفائتة.

الثَّانية: تنفردُ خطَّة سدّ الذّرائع في حال كانت المفسدةُ التي أُعمِلت الخطَّةُ لتَلافيها من المفاسد التي نصَّ الشرع عليها، أو نصَّ على اعتبار المصلحة المقابلة لها؛ والتَّنصيصُ على المصلحة المعيَّنة يُخرِجُ المسألة عن أن تدخُل في مجال الاستدلال المرسل.

ومن الأمثلة على توارد الأصلين على بعض الأحكام:

---

[1] الشاطبي، الموافقات ٢/٣٦٤.

نكاح المريض مرض الموت[١]:

ذهب الإمام مالك إلى عدم تجويز نكاح المريض مرض المخوف؛ وكان مُدْرَك مالك في ذلك حفظُ الحقوق ومنعُ الذّرائع التي قد تفضي إلى إبطالها؛ فإنَّ المرء يُتَّهم في هذا النِّكاح الذي يُريد الإقدام عليه بأنَّه ما أراد إلا الإضرار بالورثة وإدخالَ وارِث جديد يُنقص عليهم حصصَهم؛ فمُنعت الذّريعة هنا وهي النِّكاح لإمكان إفضائها إلى مفسدة الإضرار بالورثة[٢].

كما أنَّ المصلحة التي تحقّق بالمنع من هذا النكاح ممَّا شهِدَ لها بالاعتبار جنسُ المصالح في الشَّريعة؛ إذ الإضرار بالغير أصلٌ مصلحيّ كليّ، وعموم معنوي قطعيّ؛ والتعلُّق بمثل هذا الدَّليل هو تعلّق بالاستدلال المرسل الذي قال به مالك ﷺ. قال ابن رشد الحفيد في تعليل مذهب مالك: «ورَدُّ جواز النكاح بإدخال وارث قياسٌ مصلحيٌّ»[٣].

وقال ابنُ العربيّ في هذه المسألة: «هذه المسألة من المصالح التي انفرد بها مالك دون سائر العلماء؛ فإنَّه ردَّ طلاق المريض عليه تُهَمَةً له في أنْ يكون قصدَ الفرار من الميراث» [٤].

المثال الثاني: تضمين الصناع[٥]:

ومن الأمثلة على توارُد الأصلين على بعض الأحكام مسألةُ تضمين الصّناع التي تقدَّمت في غير موضعٍ؛ فقد خرَّجها العلماء على أنَّها من قَبيل الاستدلال المرسل؛ ومنهم من خرَّجها على أنَّها من الاستحسان –كما تقدَّم-، ومنهم خرَّجها على أنَّها من قبيل سدّ الذّرائع، ومنهم من جعل كلَّ هذه الأصول أو بعضَها دالَّة عليها.

والذي يعنينا في هذا الموضع أن نُخرِّج المسألة على أصل الذّرائع؛ إذْ سبق تخريجها على أصل المصالح المرسلة وأصل الاستحستان:

---

[١] انظر المسألة: الحطاب، مواهب الجليل ٣/٤٨١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/٢٣٤، المواق، التاج والإكليل ٥/١٤١-١٤٢، عليش، منح الجليل ٣/٣٧٧.

[٢] عبد الوهاب، المعونة على مذهب أهل المدينة ١/٥٢٦، الحطاب، مواهب الجليل ٣/٤٨١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/٢٣٤.

[٣] ابن رشد، بداية المجتهد ٣/٨١-٨٢.

[٤] ابن العربيّ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٧٤٩-٧٥٠.

[٥] انظر المسألة: الحطاب، مواهب الجليل ٥/٤٣٠، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/١١٧-١١٨، الزرقاني، شرح مختصر خليل٧/٥٥، عليش، منح الجليل ٧/٥١٣.

فيُقال: إنَّ في ترك تضمين الصناع ذريعةً إلى إتلاف أموال الناس، فلو لم يُضمَّنوا لتطرَّق الصّناع مع فساد الدِّيانة وضعف الوازع إلى قلَّة التَّحفُّظ على أموال النَّاس أو إلى التَّعدِّي عليها، فلمَّا خُشِيَ من هذا المآل الممنوع مُنِعَت الذّريعة التي قد تُفضي إليه، وهو تَرك التَّضمين اعتمادا على أنَّ يدهم يدُ أمانة[1].

قال ابن الحسين المالكيّ في هذه مسألة: «ومن ضمَّنه فلا دليلَ له إلاَّ النَّظرُ إلى المصلحة وسدّ الذّريعة»[2].

المثال الثالث: قتل الجماعة بالواحد[3]:

ومن المسائل التي ازدَوَجَ فيها المُدرك؛ مسألةُ قتل الجماعة بالواحد؛ فهي مسألة تُخرَّج على أنَّها ممَّا تجري على الاستدلال المرسل، كما أنَّها تخرَّج على أنَّها من قبيل سدّ الذّرائع؛ فهذه المسألة لا نظيرَ لها في الشَّرع بحيث يُقاس عليه؛ لأنَّ قتل الجماعة قتلٌ لغير من باشر القتل، وهذا خلاف صورة القصاص؛ إذْ لا يُقتَلُ إلاَّ القاتل. إلاَّ أنَّ النَّظر إلى جنس المصلحة القطعيَّة يوجب القول بالقصاص على المجتمعين والمتمالئين، فإنَّ حفظ النُّفوس من جنس المصالح القطعيَّة في الشَّرع؛ وهي توجب القول بالقصاص، إذْ لو لم يقتصّ لانخرم هذا الأصل؛ ولكان ذريعةً إلى أن يجتمع النَّاس على القتل فرارا من القصاص؛ فيذْهَب كليُّ حفظ النُّفوس هَدَراً؛ وهذا خلافُ معقوليَّة التَّشريع ومنهجِه[4].

المثال الرابع: وجوب الزكاة في عروض التجارة[5]:

ومن المسائل التي تُشاكِلُ المسائل السَّابقة مسألةُ وجوب الزَّكاة في العروض المعدِّ للتِّجارة؛ فإنَّ المصلحة العامَّة تَقضي بوُجوب الزَّكاة في هذا الصِّنف من المال؛ إذْ كثيرٌ من التّجار يكون مالهم عروضا للتّجارة فلو لم تجب الزكاة فيها لضاع على الفقراء حقّهم؛ كما أنَّ أصل الذّرائع يوجب القول بالزَّكاة في هذه العروض؛ لأنَّه لو لم تجب الزكاة لكان في ذلك تطريقا للتّجار إلى

---

[1] الباجي، المنتقى ٦/٧١.

[2] تهذيب الفروق ٤/٢٨، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/٤٨٦.

[3] انظر المسألة: الدردير، الشرح الكبير ٤/٢٤٥، عليس، منح الجليل ٩/٢٥-٢٦.

[4] انظر: الفروق ٤/١٩٠، ابن العربي، القبس ٤/١٥، ٨٤ (دار الكتب العلمية).

[5] انظر المسألة: الخرشي، شرح مختصر خليل ٢/١٩٥، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ١/٤٨٢، الدردير، الشرح الكبير ١/٤٧٢.

أن يتَّخذوا من هذه الذّريعة سبيلا إلى إسقاط الزكاة؛ قال ابنُ العربيّ في هذه المسألة: «والذي نحقِّقه أنَّ الزَّكاة قد تقرَّر وجوبها في العين، وتجد من النَّاس خلقا كثيرا يكتسبون الأموال ويصرفونها في أنواع المعاملات وتنمى لهم بأنواع التِّجارات؛ فلو سَقَطت الزَّكاةُ عنهم لكان جزءٌ من الأغنياء يخرجون عن هذه العبادة وتذهَب حقوقُ الفقراء في تلك الجملة، وربَّما اتُّخذَت ذريعة إلى إسقاط الزَّكاة والاستبداد بالأموال دون الفقراء؛ فاقتضت المصلحةُ العامَّة والأمانةُ الكليَّة في حفظ الشَّريعة ومُراعاة الحقوق أنْ تُؤخَذَ الزَّكاة من هذه الأموال إذا قُصِدَ بها النَّماء»[١].

الفرع الثاني: علاقة سدّ الذّرائع بالاستحسان:

ممَّا سبق تقريرُه في بحث الاستحسان أنَّ الاستحسان في حقيقته استدلالٌ مرسل مقدَّم على مقتضى دليل عامّ؛ وعليه فإنَّ الفروق التي ذُكرَت في المطلب الماضي تُسحَبُ على العلاقة بين هذين الأصلين.

ومن النّقاط التي تلتقي فيها الخطَّتان أنَّهما تقومان على أساس الاستثناء؛ فالاستحسانُ هو تركٌ لمقتضى الدَّليل في بعض مُقتضياته لموجِب المصلحة المرسلة التي اقتضت العدولَ عن أصل الدَّليل؛ أمَّا سدّ الذّرائع فإنَّه يقوم كذلك على فكرة الاستثناء؛ ذلك أنَّ الوسيلة في أصلها ممَّا أُذِنَ فيها، لكن استُثني من ذلك حالةُ ما إذا أفضت إلى مفسدة تربُو على مصلحة الأصل، فتُمنع هذه الوسيلة استثناءً من أصل الإذن[٢].

غيرَ أنَّ الاستحسان في الجملة يكون استثناء من الحُرمة والمنع إلى الإباحة والإذن؛ أمَّا سدّ الذّرائع فهي استثناء من الإباحة والإذن إلى الحرمة والمنع. قال الشَّاطبيّ في سوقه لأدلَّة اعتبار المآل: «...والأدلَّة الدَّالَّة على سدّ الذّرائع كلّها فإنَّ غالبها تذرُّع بفعل جائز إلى عمل غير جائز؛ فالأصلُ على المشروعيَّة لكن مآله غير مشروع؛ والأدلَّة الدّالَّة على التَّوسعة ورفع الحرج كلّها فإنَّ غالبَها سماحٌ فى عمل غيرِ مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرِّفق المشروع»[٣].

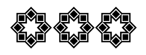
---

[١] ابن العربيّ، القبس ١/٤٦٥.

[٢] والذي اعتنى بمبدإ الاستثناء في التَّشريع ونوَّه به وخرَّج عليه هاتين الخطتين الأستاذ الدريني في المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٨٧ وما بعدها.

[٣] الشاطبي، الموافقات ٤/١٩٨، الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ٤٨٦-٤٨٧.

أمَّا إذا اعتبرنا أصلَ الذّرائع بطرفيه من السَّدِّ والفتح؛ فيكون الاستثناءُ فيه عامّا؛ أعني: أنَّه قد يكون اسثناءً من الحرمة والمنع إلى الإباحة والإذن (وهذا فتح الذّرائع)، ويكون فيه استثناء من الإباحة والإذن إلى الحرمة والمنع (وهذا بأصل سدِّ الذّرائع).



المبحث الرّابع:

الشّواهد التّطبيقيّة لأصل سدّ الذّرائع في المذهب المالكيّ

وفي هذا المبحث خمسُ مسائل؛ وهي:

المسألة الأولى: الالتزام بمشهور المذهب سدّا للذّريعة.

المسألة الثانية: مسائل الإقرارات في مرض الموت.

المسألة الثالثة: حكم تعقُّب أحكام الحكام الظلمة في الأموال.

المسألة الرابعة: المعادِنُ تُوكل لنظر الإمام مُطلقا حتَّى ولو كانت في ملك لمعيّن.

المسألة الخامسة: مَنْ دَخَلَ بامرأة من غير شهود.

المسألة الأولى: الالتزام بمشهور المذهب سدّا للذّريعة:

من الأمثلة التي جَرَى عليها المالكيّة في إعمال أصلِ سدّ الذّرائع الالتزامُ بمشهور مذهب مالك وعدَم الخُروج عنه في الفتوى والقضاء؛ وكانت المالكيّةُ في أقطار المغرب والأندلُس لا يُنصِّبون على القضاء إلاَّ مَن كان يأخذ في قضائه بمذهب مالك؛ وكان ذلك من الشُّروط الموضوعة للتَّنصيب؛ بل قد امتدَّ ذلك إلى عهود قريبة في المغرب الأقصى؛ قال الصَّنهاجيُّ: «والوُلاة الآن يَشترِطون في ظَهير ولاية القضاء الحكمَ بالمشهور من مذهب مالك أو راجِحه أو ما به العملُ، فلا يَحكُم بغير ما ذكر، ولو كان له القدرة على التَّرجيح والاستنباط والإحاطة بمذهب إمامه أُصولا وفروعا، مثل ابن القاسم وأشهب وأصبغ ثمَّ اللَّخمي وابن رشد. وقد كان أمراءُ قُرطبةَ يشترطون على القُضاة الحكمَ بقول ابن القاسم فقط»[١].

وقال الدّسوقيُّ في الحاشية: «ولذلك سدّوا الذّريعة وقالوا بمنع الفتوى بغير المشهور»[٢].

وكان مُدرَك المالكيّة في ذلك هو سدّ ذريعة الفساد؛ ومكْمَن الفساد أنَّ أقوال العلماء في مختلف المذاهب بل وفي المذهب الواحد كثيرةٌ جدّا؛ فلو أنَّ المفتين والقُضاة تُركوا والنَّظرَ لانتشر الأمرُ وعمَّت الفوضى في الأحكام والاضطرابَ فيها؛ فمِنْ قاضٍ مُحلِّل لفَرْجٍ ومِنْ قاضٍ محرِّم له، ومِنْ قاضٍ مُبطِل لعقد ومن قاض مُجيزٍ له؛ فتلافيا لهذه الفَوْضى والاختلال في ضَبْط الأحكام ومَنعاً لأنْ يكون هذا الاختلافُ مَدرَجة لأهل الهوى في أنْ يُفتوا أو يقضوا بحسب الغَرَض والتَّشهي؛ مُنِعَ البابُ وحُسِمَ نظرا لهذه المصلحة القويَّة.

وقد ذَكَر المازَرِيُّ أنَّ باب الخُروج عن المذهب لو انفتح حَدَثَ منه خُروق من الدِّيانات[٣]؛ ثمَّ قال المازَري: «وإنِّي رأيتُ من الدِّين الجازم والأمرِ الحاتم أنْ أنهى عن الخروج عن مذهب مالك وأصحابِه حماية للذّريعة، ولو سَاغ هذا لقال رجل: أنا أبيع دينارا بدينارين مُقلِّدا لما رُوي عن ابن عباس، ويقول آخر أتزوَّج امرأة وأستبيحُ فَرْجَها من غيرِ وَلِيٍّ ولا شهود مقلِّدا في الوليّ لأبي حنيفة وفي الشّهود لمالك وبدانق مُقلدا للشّافعيّ؛ وهذا عظيم الموقع في الضَّرر»[٤].

---

[١] الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ٢٣٧/٢، الونشريسي، المعيار المعرب ١٧٤/١، ١٦٩/٢.

[٢] الدسوقي، الحاشية ١٢٩/٤.

[٣] البرزلي، جامع مسائل الأحكام ٨٦/١، الونشريسي، المعيار المعرب ٣٣٢/٣، الحطاب، مواهب الجليل ٣١/١.

[٤] البرزلي، جامع مسائل الأحكام ٨٦/١، الونشريسي، المعيار المعرب ٣٣٢/٣، الحطاب، مواهب الجليل ٣١/١.

وقال المازَرِيّ في موضع آخرَ: «ولستُ ممَّن يحمل النَّاس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأنَّ الورع قلَّ بل كاد يعدم، والتَّحفُّظ على الدِّيانات كذلك وكثُرت الشَّهوات، وكثر من يدَّعي العلم ويتجاسرُ على الفتوى فيه؛ فلو فُتِحَ لهم بابٌ في مخالفة المذهب لاتَّسع الخرق على الرَّاقع، وهتكوا حِجاب هيبة المذهب؛ وهذا من المفسدات التي لا خَفاء بها»[1].

وقَبِلَ الشَّاطبيُّ من المازَري ذلك ودافع عنه وقرَّره بما لا مزيدَ عليه في "الموافقات"؛ فقد قال بعد نقله لكلام المازريّ المتقدِّم: «فانظُر كيف لم يستجز -وهو المتَّفق على إمامته- الفتوى بغير مشهور المذهب ولا بغير ما يُعرَف منه؛ بناءً على قاعدة مصلحيَّة ضروريَّة، إذْ قلَّ الوَرَع والدِّيانة من كثير ممَّن ينتصب لبثّ العلم والفتوى...فلو فُتِحَ لهم هذا الباب لانحلَّت عُرَى المذهب بل جميع المذاهب؛ لأن ما وجب للشيء وجب لمثله»[2].

وقد يتعجَّل البعضُ فيحسَبُ أنَّ هذا الذي كان عليه المالكيّة وغيرُهم من أهل المذاهب من الاحتكام في القَضاء والفتيا إلى مذهب واحد-: أنَّه مِنْ قَبيل التَّعصّب المذموم، والتَّقليد المقيت الذي أَخْنَى على الأمَّة وعَقَلَها عن أن تكون سالِكَة دُروب الاجتهاد الذي يكفُل للأمَّة مُجارات تطوّراتِ الحياة وتجدُّدِ مصالحها.

وهذا الإيرادُ ليس بالمحلّ الأعلى في القوَّة؛ إذْ لا يستقيمُ القضاء مع ترك القُضاة على مُقتَضى اختياراتهم وترجيحاتِهم؛ لِمَا في ذلك من خُطورة تذرّع القضاة إلى الحيف عن العدل وركوب متن الهوى، كما أنَّ ذلك ممَّا يُسبِّبُ استبهام صحَّة التَّصرُّفات في العقود الجارية بين الخلق؛ فيكون المتعاقدون في مُعاملاتهم على غير بيِّنة، فلعلَّ هذا التَّعاقُدَ ممَّا صحَّحه إمام من الأئمَّة وربَّما قد أبطله إمامٌ آخر؛ وهذا يكون عائقا حقيقيّا في طريق سُهولة التَّعاقد والتَّعامل بين النَّاس.

وهذا الذي نحى إليه المالكيّة في توحيد المرجعيَّة القضائيَّة هو أصلٌ جَليل لتقنين الفقه الإسلاميّ؛ لأنَّ الأساس المقتضي لهذا التَّقنين هو نفسُ الأساس الذي قامَ عليه توحيد المرجعيَّة المذهبيَّة في القضاء. نعم! التَّقنينُ في هذا العصر ممَّا لا ينبغي أن يكون محصورا بمذهب واحد،

---

[1] الشاطبي، الموافقات ١٤٦/٤، الونشريسي، المعيار المعرب ٣٢٦/٦.

[2] الشاطبي، الموافقات ١٤٥/٤-١٤٧، الونشريسي، المعيار المعرب ٣٢٧/٦.

وإنَّما يكون مأخوذا من قِبَل العُلماء من مُختَلَف المذاهب الإسلاميَّة المعتمدة؛ مُعتَمدين على أرجَح الأقوال وأوفرها قُوَّة وأَجراها على منهج الشرع ومقاصده.

ومن محاسن المذهب المالكيّ في هذا الصَّدد أنَّ علماءه مع اشتراطهم في القَضاء أنْ لا يُعدَل فيه عن مُقتضى المشهور والرّاجح؛ فإنَّهم تَرَكوا في كثير من المسائل الأقوالَ المشهور والرّاجحة إلى غيرها لموجب مصلحة شرعيَّة اقتضت هذا العدول؛ وهذا ما عُرِفَ عند المالكيّة المتأخّرين بـــ: **"ما جرى به العمل"**؛ وحقيقتُه أنَّ بعض القُضاة قد يتركون مشهورَ المذهب لموجبٍ اقتضى ذلك ثمَّ يستمرّ القضاة على هذا الاختيار؛ فيصير ممَّا جرى به عملُ القضاة ويكون لازما للقضاة العملُ به؛ وجريانُ العمل إمَّا أن يكون عامًّا بجميع الأقطار وهو المسمَّى بالعمل المُطلَقُ، وإمَّا أنْ يكُون خاصّا ببعض الأقطار ويُسمّى بالعمل الخاصِّ؛ كعمل فاس[1].

قال التَّاودي: «...وأمَّا قضاة الزَّمان فلا يُعتَبَر من أحكامهم إلاَّ ما وافق الرّاجح أو المشهور أو ما جَرى به العمل، وغيرُ ذلك يُنقض ويردّ عليهم؛ قاله ابن عرفة والعقباني والبرزلي والسنوسي وغيرهم»[2].

وقال أبو عليّ المسناوي: «إذا جرى العملُ ممَّن يُقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقعُ في كلامهم أنَّه يُعمَل بما جرى به العمل وإن كان مخالفا للمشهور. وهذا ظاهرٌ إذا تحقَّق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلاَّ فالواجب الرجوعُ إلى المشهور. ويقول بعض الفقهاء في شروط الأخذ بما جرى به العمل:

خامسها معرفة الأسباب،	فإنَّها مُعينَةٌ في الباب
وعند جَهل بعض هذي الخمس	ما العمل اليوم كمثل الأمس»[3].

[1] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٤٦٧/٢، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ٦٨/١-٦٩، ٤٣١.

[2] التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق ٢٣٧/٢، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ٦٨/١-٦٩.

[3] محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٦٥-٦٦.

المسألة الثانية: مسائل الإقرارات في مرض الموت:

من مسائل مذهب مالك المُرتكِزة على أصل الذّرائع مسائلُ الإقرارات في مَرَض الموت؛ فمذهبُ مالك أنَّ التُّهَمَة إذا قَوِيَت في أنَّ المُقِرَّ أراد الإضرار بالورثة والتَّنقّص من حصصهم في الميراث؛ فإنَّ أصل الذّرائع يُعمل لتلافي هذا الضَّرر المتوقَّع في حال إنفاذ هذا الإقرار[١].

ومن الإقرارات التي أبطلها المالكيّة لقوَّة التّهمة فيها سدّا لذريعة الفساد؛ المقرّ بزكاة وَجَبَت عليه لم يؤدِّها؛ فالإقرارُ هذا لا عبرةَ به؛ فلا ينفذ لأنَّ في ذلك ذريعةً لأنْ يَترُك الناس الزَّكاة إلى حين دُنوِّ الأجل فيقرّوا بها، فيفوت حقّ المساكين، ويُحرم بذلك أهلُ الميراث ميراثهم؛ فقُطِعَت الذّريعة ومُنعت لهذا المآل الممنوع[٢].

قال ابن أبي زيد في كتاب "الذب" في هذه المسألة: «..لو كان كلّ مَنْ أقرَّ في مرضه بأنَّ عليه زكاة ماله في سائر عمره مقبولَ القول؛ كان ذلك ذريعةً إلى فساد عظيم، منها: أنَّ ذلك يبعَثُ كثيرا من النَّاس على تَرك أداء الزكاة؛ لأنَّهم على ثِقَة من إنفاذها عنهم بعد الممات من رأس المال، فيؤخِّروا لذلك إخراجَها، ويكون داعيةً إلى إبطالِ الميراث لمن شاء إبطالَه بمثل هذه الإقرارات، ويصير الميِّت قد استأثَرَ بماله عن أهل الميراث، فاستمتع به في حياته وأخرجَه عليهم بعد مماته...»[٣].

ومن الإقرارات التي أبطَلها المالكيّة لقُوَّة التّهمة في قصد الإضرار فحُسم البابُ رأسا؛ الإقرارُ للوارث أو للصَّديق الملاطِف[٤]؛ فإنَّ التُّهمة تتوجَّه إلى المقرّ بأنَّه لَمَّا علِم أنَّ الهبة للوارث أو الوصيَّة له لا تجوز عَدَل عن ذلك إلى الإقرار له بدَيْن له عليه[٥].

«ومَطلعُ النّظر أنّا لمحنا أنّ الموروث لّما علم أنّ هبتَه لوارثه في هذه الحالة أو وصيّته له لا تجوز، وقد فاته نفعُه في حال الصّحّة عَمَد إلى الهبة فألقاها بصورة الإقرار لتجوّزها؛ ويعضد هذه التّهمة صورةُ القَرابة وعادةُ النّاس بقلّة الدّيانة...وينبغي أنّ تطّرد العلّة حيث وجدت ما لم

---

[١] الحطاب، مواهب الجليل ٦/٧٤-٧٥، عليش، منح الجليل ٩/٥٧٢.

[٢] عبد الوهاب، الإشراف ٤١٨، ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٣٣/ب.

[٣] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ١٣٣/ب.

[٤] عليش، منح الجليل ٩/٥٧٢، العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٨/١٨٩.

[٥] سحنون، المدونة ٤/٦٧، ٧٧، ابن العربيّ، أحكام القرآن ١/٤٥٤، ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٢٢/ب-٢٤/أ.

يقف دونها دليل تخصيص، فعلى هذا إذا وَجَدنا التّهمة في غير القَريب من صديق مُلاطف حَكمنا ببطلان الإقرار؛ وكَمْ من صديقٍ ألصقُ من قريب وأحكمُ عُقْدَةً في المودّة؟!»[١].

المسألة الثالثة: مسألة حكم تعقُّب أحكام الحكام الظلمة في الأموال:

من المسائل التي بُنِيَت على أصل سدّ الذّرائع ما أفتى به متأخِّرو المالكيّة من عدم التَّعرض لأحكام الأئمَّة الظَّلمة بعد تَصَرُّم أيَّامهم، وأُفول دولتهم، وذهاب سُلطانهم؛ خاصَّة إذا طالت مُدَّتُهم وتَوالت سِنونُ مُلكِهم؛ لأنَّ في ذلك كثرةَ التَّعاملات التي بُنِيَت على أحكامهم؛ من بيوع وأنكحة وهِبات وأوقاف؛ فلو ذَهَب النَّاسُ إلى النَّظر في أحكامهم لانفرَط عِقْدُ النِّظام، ولكان الفسادُ المترتِّبُ على إعادة النَّظر في تلك الأحكام أعظمَ من الظُّلم الذي أوقعه أولئك الظَّلمةُ في أحكامهم؛ فتأسيسا على مُقتَضى سدّ الذّرائع أَفتى المتأخِّرون من المالكيّة بأنَّ أحكام الظَّلمة الذين طالت مُدَّةُ سُلطانهم لا تُتعرَّض بنقض أو حلّ؛ لما في ذلك من عظيم المفسدة بكثرة المنازعات.

قال البُرْزُليُّ بعد أن نقل فُتيا ابنِ الحاجّ في عدم التعرض لما تصرف فيه أولئك الحكَّام: «قلت: لعلَّ هذه المسألة هي التي أشار إليها العقيلي وابنُ الصَّيرفيّ حين عرَّفا بابنِ رشد وغيره من العصريين معه حين أفتوا أميرَ المسلمين بأشياءَ يقتضيها مذهبُ مالك وأصحابه من أموال ابن أبي عامر وبني عبَّاد؛ وخالفَهم ابن حمدين»[٢].

قال ابن حمدين مُبيِّنا مُدرَك المنع من التعرض لأحكام من خلا من أمراء الطَّوائف: «هذا البحثُ يُؤدّي إلى تَضييع كثيرٍ من أموال الرَّعيَّة والتَّعرُّض إليهم»[٣].

وقال البُرزُليُّ: «الذي يليق في كلِّ بيع من بيت المال إنْ باعَه العمَّال من أموالهم أو ما ولوا عليه؛ فالصَّوابُ أنْ لا يُعتَرَض ولا يُنظَر فيه وإن كانوا ظلمة؛ لأنَّ في ذلك فتحَ باب مفسدة في البحث في أموال النَّاس لكثرة هذا الواقع»[٤].

---

[١] ابن العربيّ، أحكام القرآن ٤٥٤/١.

[٢] المواق، التاج والإكليل ٤٠٠/٦-٤٠١، البرزلي، النوازل ٥٢/٣، الونشريسي، المعيار المعرب ٩٨/٦.

[٣] المواق، التاج والإكليل ٤٠٠/٦-٤٠١، البرزلي، النوازل ٥٢/٣، الونشريسي، المعيار المعرب ٩٨/٦.

[٤] المواق، التاج والإكليل ٤٠١/٦، الونشريسي، المعيار المعرب ٩٧/٦-٩٨.

وقد أشار إلى ذلك الشَّيخُ الصَّالح البطرني رحمه الله –فيما حَكاه عنه تلميذُه البُرزُليّ- في نازلة مثل هذه؛ فقال: «إذا قِيمَ بنقض هذا والبحث فيه لم تَبْقَ مُعاملةٌ للملوك إلاَّ ويُتعرَّضُ لها»[١].

وهذا ما رجَّحَه البُرزُليُّ؛ قال: «وهذا الذي فَعَلَه ابنُ حمدين هو الصَّوابُ الأسدّ في حقّ العامَّة والخاصَّة»[٢].

المسألة الرابعة: المعادنُ تُوكل لنظر الإمام مُطلقا حتَّى ولو كانت في ملك لمعيّن:

حُكمُ المعادن الموجودةِ في الأرض أنَّها تُوكَل للإمام يتصرَّف فيها كيف شاء بما تقتضيه المصلحة العامَّة؛ ومُقتضى هذا النَّظر أنَّ ترك المعادن لنظر النَّاس ممَّا يورِثُ فساداً كبيرا بكثرة النـــزاعات التي قد تُفْضِي إلى القتال؛ فحِمايةً لجانب انخرامِ الأمن سُدّت ذريعةُ الفساد، وأُوكلت المعادن للإمام أو نائبه ليَنْظُر فيها بما تتأتَّى به مصلحة الأمَّة.

قال عليش: «وحكمُ التَّصرُّف في المعدن للإمام الأعظم أو نائبه يقطعه لمن يشاء أو يجعله لمصالح المسلمين إن كان بأرض غير مملوكة كالفيافي، وما تركها أهلها، أو مملوكة لغير معيّن كأرض العنوة؛ بل ولَوْ ظَهَرَ بأرض معيّن مسلم أو كافر ذميّ؛ **سدّا لباب الهرج؛ لأنَّ المعادن قد يجدها شِرارُ النَّاس، فإن تُرِكت لهم تحاسَدوا وتقاتلوا عليها وسَفَكَ بعضُهم دِماء بعض**»[٣].

وعلى هذا؛ فإنَّ المعادن تُعدّ ثروة للأمَّة تُصرَفُ في مصالحها وحاجاتها؛ وليست خاصَّة بفرد من الأفراد أو لطائفة من الأمَّة دون أخرى؛ حتى ولو كانت في ملكه؛ اتِّقاء للفساد المتوقّع من تركها إلى الأفراد.

المسألة الخامسة: مَنْ دَخَلَ بامرأة من غير شهود:

إذا دَخَل الرَّجل بالمرأة بلا إشهاد فإنَّ النِّكاح **يُفسَخ بينهما بطلقة بائنة**؛ ولا حَدَّ عليهما إنْ كان النِّكاح والدّخول ظاهرا فاشيا بين النَّاس؛ أو شهد بابتنائهما باسم النِّكاح شاهدٌ واحد،

---

[١] المواق، التاج والإكليل ٤٠١/٦، البرزلي، النوازل ٥٣/٣.

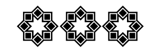
[٢] المواق، التج والإكليل ٤٠١/٦.

[٣] عليش، منح الجليل ٧٨/٢-٧٩ باختصار.

ولو عَلِما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد. فإنْ لم يكُن ذلك ظاهرا فاشِيا بين النَّاس فإنَّهما يُحدّان إنْ أقرّا بالوطء أو ثَبَتَ ببيِّنة[١].

ويفسخ النكاح جَبرا عليهما سدّا لذريعة الفساد؛ لأنَّ في ذلك تطريقا لأهل الفساد إلى فسادهم؛ إذْ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه ثمَّ يدَّعيان سَبقَ العقد بغير إشهاد؛ فيُؤدِّي ذلك إلى ارتفاع حدِّ الزِّنا والتَّعزير[٢].

قال الباجيُّ في التَّفريق بين ترك الإشهاد على عقد النِّكاح وترك الإشهاد على الدُّخول-: «ووجهُ ذلك أن تعرّي عقد النِّكاح من الشَّهادة لا ذَريعةَ فيه إلى الفساد، وتعرِّي الوطء والبناء من الشَّهادة فيه الذّريعة إلى الفساد؛ فمنع منه لذلك، ولو جاز لكلِّ مَن وُجِدَ مع امرأة في خَلوة أو أقرَّ بجماعها أنْ يدَّعي النِّكاح-: لارتفع حدُّ الزِّنا عن كلِّ زانٍ والتَّعزيرُ في الخلوة؛ فمُنِعَ من ذلك ليرتفع هذا المعنى. فمتى وَقَعَ البناءُ على الوجه الممنوع فُسِخَ ما ادّعي من النِّكاح»[٣].



[١] الخرشي، شرح خليل ١٦٨/٣، عليش، منح الجليل٢٥٨/٣، النفراوي، الفواكه الدواني ٤/٢، الدردير، الشرح الكبير ٢١٦/٢-٢١٧.

[٢] المصادر السابقة.

[٣] الباجي، المنتقى ٣١٣/٣.

الفصل الرَّابع:

مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحثَ؛ وهي:

المبحث الأوَّل: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به.

المبحث الثَّاني: أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المبحث الثَّالث: الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ.

المبحث الأوَّل:

أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: مفهوما، وحجية، وحكما، ومقتضيات الأخذ به

وهذا المبحث فيه أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: تعريف مراعاة الخلاف لغة واصطلاحا والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثَّاني: حجيَّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي.

المطلب الثَّالث: العمل بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه وشروطه.

المطلب الرَّابع: المقتضيات المصلحيَّة الموجِبَة لمراعاة الخلاف.

المطلب الأوّل: تعريف مراعاة الخلاف: لغة واصطلاحا، والألفاظ ذات الصلة:

الفرع الأول: تعريف "المراعاة" و"الخلاف" لغة:

تعريفُ المركَّب الإضافيّ يكون بالوُقوف على تعريف طَرَفَيْ هذا التَّركيب؛ ومنه فإنَّ البحث سيتناول تعريفَ كل من "المراعاة" و"الخلاف":

أولًا: تعريف المراعاة لغة:

المُراعاةُ مصدر راعَى يُراعي مُراعاة؛ والرَّعيُ مصدرُ رَعَى يَرْعَى رَعْياً ورِعايَةً[١].

وتأتي المُراعاة والرَّعي على معان في اللُّغة العربيَّة، والذي يعنينا من تلك المعاني معنى المراقبة والاعتبار والملاحظة؛ يُقال راعَيْتُه: أي لاحَظْتُه مُحْسِناً إليه، وراعيتُ الأَمْرَ: نَظَرْتُ إلامَ يَصيرُ[٢].

ورَعى النُّجُوم رَعْياً وراعاها: راقَبها وانْتَظَر مَغِيبَها؛ قالت الخنساء:

أرْعى النُّجومَ وما كُلِّفْت رِعْيَتَها، وتارةً أَتَغَشَّى فَضْلَ أَطْمارِي[٣].

وراعَى أَمرهَ: حَفِظَه وتَرَقَّبَه[٤].

قال ابن منظور: «والمُراعاة: المُناظَرة والمُراقَبَة؛ يُقال: راعَيْتُ فلاناً مراعاةً ورِعاءً إذا راقَبْتَه وتأَمَّلْت فِعْلَه. وراعَيْتُ الأَمرَ: نَظَرْت إلامَ يصير. وراعَيْته: لاحَظته»[٥].

ثانيا: تعريف الخلاف لغة:

والخِلافُ مصدرٌ مأخوذٌ من خالَفَ يُخالِفُ خِلافاً ومُخالفةً، والاختلافُ مصدَرُ اختَلَف يختلِفُ اختِلافاً؛ وتقع الكلمتان في اللُّغة بمعنى نقيض الاتّفاق[٦].

---

[١] ابن منظور، لسان العرب ٣٢٧/١٤.

[٢] الفيروزابادي، القاموس المحيط ٣٣٥/٤، ابن منظور، لسان العرب ٣٢٧/١٤.

[٣] ابن منظور، لسان العرب ٣٢٧/١٤، الفيروزابادي، القاموس المحيط ٣٣٥/٤.

[٤] ابن منظور، لسان العرب ٣٢٧/١٤.

[٥] المصدر السابق ٣٢٧/١٤.

[٦] المصدر السابق ٩٠/٩، ٩١، ٩٤.

وعليه فإنَّ المراد من "مُراعاة الخلاف" اعتبارُ ومُلاحظةُ ما وَقَعَ من اختلاف بين العلماء؛ وسيأتي إنْ شاء الله أنَّ المراعَى في الحقيقة ليس هو ذات القول، وإنَّما هو المُدرَكُ الذي استَنَد إليه المخالفُ في خلافه.

الفرع الثّاني: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا:

وكان للمالكيَّة المتأخِّرين عنايةٌ بمراعاة الخلاف بيانا لمفهومه وشروطه ومُدْرَكه الشَّرعيّ؛ وكان سبب هذا التَّهمُّم والعناية أنَّ الشَّاطبيّ استشكل هذا الأصلَ –بداءةً- وأورَدَ عليه إيراداتٍ قويَّةً في مفهومه وشروطه ومُدركه، ثمَّ إنَّه راسل بعضَ أئمَّة المغرب من علماء المذهب يلتمسُ منهم البيان والفَسْرَ عمَّا انسدَلَ على هذا الأصل من سُجُف الإبهام وحُجُب الإشكال؛ فخاطَب الشَّاطِبيُّ بذلك: ابنَ عرفة التّونسي، وأبا العبّاس القبّاب الفاسي، وأبا عبدِ الله الفشتالي؛ فأجابوه وكان في تضاعيف أجوبتهم بيانٌ لمفهوم مُراعاة الخلاف.

وأسوق في هذا الموضع تعريفاتِ المالكيَّة لهذا الأصل مشفوعة بالبيان والتحليل:

التَّعريف الأوَّل:

قال ابنُ عبد السَّلام: «**هو إعطاءُ كلٍّ من الدَّليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارِض**»[١].

وتعريف ابنِ عبد السَّلام ذكره في سياق بيانه لمفهوم مُراعاة الخلاف عند المالكيَّة؛ وعليه فإنَّ إيراد النَّصِّ من كلام ابنِ عبد السَّلام في سياقه ممَّا يُجلِّي بعضَ ما خَفِيَ من تعريفه:

قال ابنُ عبد السَّلام: «والذي ينبغي أن يُعتَقَد من ذلك -وهو الذي تدُلُّ عليه مسائلُ المذهب- أنَّ الإمام رحمه الله تعالى إنَّما يُراعي من الخلاف ما قَوِيَ دليلُه، فإذا حُقِّقَ فليس بمراعاة الخلاف البتَّة؛ وإنَّما هو إعطاء كلٍّ من الدَّليلين ما يقتضيه من الحكم مع وُجود المعارض؛ فقد أجاز الصَّلاة على جلود السباع، وأكل الصَّيد وإنْ أَكَلَ الكلبُ منه، وأباح بيعَ ما فيه حقُّ توفية من غير الطَّعام قبل قبضه مع مُخالفة الجمهور فيها-: فدلَّ على أن **المراعى عنده إنَّما هو قوَّة الدليل**»[٢].

---

[١] المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/٣٧.

[٢] المرجعان السَّابقان.

وتعريفُ ابنِ عبد السَّلام من التَّعريفات التي اعتُمدت ممَّن بعده؛ بل إنَّ تعريف ابن عرفة الآتي هو تطويرٌ له وإعادةُ صِياغة لألفاظه مع تجلية لبعض ما استبهم منه. أمَّا تعريفُ القبَّاب فهو تعريفُ ابنِ عبد السَّلام ذاته، مع حذفه لقول ابن عبد السّلام: «مع وجود المعارض».

والذي يُؤخذ من تعريف ابن عبد السَّلام ما يأتي:

أوَّلا: مُراعاةُ الخِلاف هو أخذٌ بمقتضى الأدلَّة؛ فليس من حقيقته البتَّة مُراعاة الأقوال المجرَّدة؛ وعليه فإنَّ ظاهر قول المالكيَّة: **"مراعاة الخلاف"** غيرُ مراد؛ لأنَّ المراعَى في هذا الأصل ليس الخِلاف ذاته وإنَّما هو دليل المخالف القويّ. واستدلَّ على ذلك بأنَّ كثيرا من مسائل المذهب قد خالفَنا فيها الجمهور؛ ومع ذلك لم يُراع فيها مالكٌ مذهبَهم؛ فهذا منه دليلٌ على أنَّ المراعى هو الدَّليلُ حيثُ قوِيَ، وحينَها لا اعتبار بكون المخالف جمهورا أو لا.

ثانيا: لم يُبيِّن التَّعريف المحلَّ الذي يكون فيه إعمالُ مُراعاة الخلاف؛ هل هو قبل الوُقوع أم بعده.

ثالثا: هذا التَّعريف يصدُقُ على مفهوم الجَمع بين الدَّليلين المتعارِضَيْن، بحيث ليس فيما ذكره ابنُ عبد السَّلام ما يفرّق به بين أصل مُراعاة الخلاف وبين الجمع بين الأدلَّة المتعارضة[1].

التَّعريف الثَّاني:

عرَّف ابن عرفة مراعاة الخلاف بقوله في كتاب الحدود له: «**إعمالُ دليل في لازِمِ مدلولِه الذي أُعمِلَ في نقيضِه دليلٌ آخَرُ**»[2].

وعرَّفه في جوابه للشَّاطبيّ بقوله: «رعي الخلاف عبارة عن: **إعمال دليل (الخصم) في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر**»[3]؛ فزاد كلمة (الخصم) للبيان.

شرح تعريف:

فقوله: **"إعمال دليل"**: جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف وغيره[4].

---

[1] شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٧٠.

[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٣/١، التسولي، البهجة في شرح التحفة ١٩/١، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ٣٦/١.

[3] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٧٨/٦، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧.

[4] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٣/١.

وقوله: «**دليل**»: والدَّليل هو: ما يُمكن التَّوصُّل به إلى مطلوب خَبَرِيّ، والمطلوب هو المدلول[١].

قوله: "**دليل**" فصلٌ أخرَج به غيرَ الدَّليل[٢].

قوله: "**في لازم مدلوله**": أخرج به إعمالَ الدَّليل في مدلوله[٣].

والضَّمير في "مدلوله" يعودُ على الدَّليل، والضَّمير في مدلوله يعود على المدلول الذي هو أقربُ مذكور[٤].

ويتَّضِحُ هذا التَّعريف بضرب مثال:

فمسألة نكاح الشِّغار ممَّا أَجْرى فيها مالكٌ أصلَ مُراعاة الخلاف في إثبات التَّوارُث بين الزَّوجين؛ بيانُه[٥]:

أنَّ أصل دليل مالك في النَّهي عن نكاح الشِّغار دلَّ على فسخ هذا النِّكاح؛ فالفسخُ هو المدلولُ؛ ولازِمُ هذا المدلول أنْ لا توارُثَ بينهما لانعدام مُوجِبه من النِّكاح الصَّحيح.

والمخالف القائلُ بصحَّة هذا العقد مع بُطلان الشَّرط؛ يقول بأنَّ العقد لا يُفسَخُ، وهذا مدلولُ ما استدلَّ به من أدلَّة، ولازمُ هذا المدلول -وهو عدمُ الفسخ- أنْ يَثْبُت التَّوارُث بينَهما.

وعليه؛ فإنَّ مالكا أخذ أوَّلاً بمدلول دليله وهو: فسخُ النِّكاخ، ولكنَّه تَرَك لازِمَ مدلوله وهو عدمُ إثبات التَّوارث بينهما؛ وذلك بأنْ أعمَلَ دليلَ المخالف في لازِم مدلوله فقال بأنَّ التَّوارُث يثبُت بينهما؛ وهذا هو مُراعاة الخِلاف.

ثمَّ إنَّ ابنَ عرفة أورَد على تعريفه هذا اعتراضا مُفترضا له:

---

[١] المصدر السابق ١/٢٦٤.

[٢] المصدر السابق ١/٢٦٤.

[٣] المصدر السابق ١/٢٦٤.

[٤] التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/١٩.

[٥] التَّسولي، البهجة في شرح التحفة ١/١٩-٢٠، الرَّصّاع، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٤-٢٦٥، المِعيارُ المُعْرِب ٦/٣٧٨، عليش، فتح العليّ ٢/٦٠، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧-٣٥٨، الوزاني، حاشيته على شرح التاودي على تحفة ابن عاصم ١/٣٦-٣٧.

والاعتراض هو: لو صحَّ ما قرَّرتُم في مراعاة الخلاف بأنَّه مُلاحَظَةُ لازِم دليل المدلول قد استُعمل في نقيضه دليلٌ آخر؛ لأفضى ذلك إلى ثبوت ملزومٍ ولا لازم له؛ وهو باطل، إذْ كيف يوجَد ملزوم ولا لازم له؟![1].

وبيان الملازمة: أنَّ فسخ النِّكاح ملزومٌ لنَفي الميراث، وإذا ثَبَتَ الفسخُ انتفى الميراث؛ لأنَّ الميراث يدلُّ على ثبوت العصمة وفسخُه يدلّ على نفيها، فقد وُجِدَ الملزوم وهو الفسخُ بدون لازمِه وهو عدمُ الإرث[2].

وأجاب ابنُ عرفة عن هذا الاعتراض بجوابين:

أمَّا الجواب الأوَّل: إذا سلَّمنا أنَّ الملزوم لا يوجد بدون لازِمه؛ فلا نسلم أن المسألة من باب إثبات الملزوم ولا لازم له؛ وإنَّما هي: من باب نفي الملزوم مع إثبات لازمه، أو من باب وجودِ اللاَّزم ونفي ملزومه، وكلٌّ منهما مُغاير لما ألزمه السَّائل؛ ولا إحالة فيه؛ **بيانُه:** أنْ نقول إنَّما ذلك من باب نفي الملزوم على قول مالك ودليله؛ لأنَّه يقول بنفي صحَّة النِّكاح، وصحَّة النِّكاح ملزومة للإرث؛ فلا يلزم من نفي ملزوم الإرث الذي هو صحَّة النِّكاح نفيُ اللاَّزم الذي هو الإرث، فما قال باعتبار مذهبه إلاَّ بنفي الملزوم لا بثبوت الملزوم مع نفي اللاَّزم، وباعتبار رَعي دليل المخالف في لازِم مدلوله وهو الإرث قد أثبتَ اللاَّزم ولا يلزم منه ثبوتُ الملزوم[3].

أمَّا الجواب الثَّاني: فإنَّ إثبات الملزوم مع نفي لازمه إنَّما هو باطل مُطلَقا في اللَّوازم العقليَّة؛ وأمّا الظَّنية الجعلية فلا. فقد يكون هناك مانِعٌ يمنع من ثبوت اللاَّزم مع وجود مَلزومه؛ فلا يثبُت، كموجباتِ الإرث هي ملزومة له، وقد ينتفي الإرث لمانع مع وُجود ملزومه شرعاً[4].

والذي يُستَنتج من هذا التَّعريف ما يأتي:

أوَّلا: أنَّ القول بمراعاة الخلاف ليس مراعاةً للأقوال وإنَّما هو مراعاة لأدلَّة الأقوال؛ إذْ المجتهد في مراعاته للخلاف إنَّما يُعمِل دليلَ المخالف لا قولَه المحض.

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٥/١، الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٧٨/٦، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨.

[2] المراجع السابقة.

[3] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٥/١، الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٧٨/٦، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨-٣٥٩.

[4] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٧٨/٦، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٥/١.

ثانيا: إعمالُ الدَّليل هو من مُهمَّة المجتهد؛ وعليه فإنَّ مراعاة الخلاف هي من وظائف المجتهدين لا غيرهم؛ ومنه فإنَّ اعتراض البعض على تعريف ابنِ عرفة في عدم بيانه لمن يتصدّى لإعمال مراعاة الخلاف هل هو المجتهد أو المقلد-: اعتراضٌ غير وجيه[١].

ثالثا: لم يرِد في تعريفه بيانٌ لطبيعة الدَّليل المراعَى، هل هو مُطلَق الدَّليل أم يُشتَرَط في هذا الدَّليل أنْ يكون في منـــزلة من القوَّة. وقد تَلافى بعضُ من جاء بعد ابنِ عرفة هذا الإيراد فقيَّدوا الدَّليل المراعى بكونه قويّا في الاعتبار؛ قال الرَّصاع: «رُجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف»[٢]؛ وقال عليش: «أن يظهر له قوَّة دليل مخالفه بالنِّسبة للازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليلا آخر لقوَّته عنده بالنسبة له»[٣].

التَّعريف الثَّالث:

وعرَّف أبو العبَّاس القَبّابُ مرعاة الخلاف في جوابه الأوَّل الذي بعثَ به إلى الشَّاطبيّ: «حقيقةُ مراعاة الخلاف هو: **إعطاءُ كلٍّ واحد من الدَّليلين حُكمَه**»[٤].

ثمَّ ضرب لهذا التَّعريف مثالا يُوضّح به مفهومَه: وهو قول المالكيَّة في النِّكاح المختلف في فساده أنَّه يُفسَخُ بطلاق وفيه الميراث؛ فقد رُوعِيَ الخلافُ بترتُّب الميراث وبضرورة الطَّلاق لحلِّ ميثاق الزَّوجيَّة واعتُبر مع ذلك فسخا[٥].

فحاصل معنى قوله: "إعطاء كلِّ واحد من الدَّليلين حكمَه" أنَّ المجتهد يقول ابتداءً بالدَّليل الذي يراه أرجحَ، ثمَّ إذا وقع العملُ على مُقتضى الدَّليل الآخر راعَى ما لهذا الدَّليل من القوَّة التي لم يسقط اعتبارُها في نظره جملة؛ فهو توسُّط بين موجب الدَّليلين[٦].

ثمَّ بسط القبّاب تعريفه وأبان عن مُراده منه بما حاصله:

أنَّ الأدلَّة الشَّرعيَّة تأتي على أحد سبيلين:

---

[١] شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٦٤.

[٢] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٦.

[٣] عليش، فتح العلي المالك ٢/٦١.

[٤] الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٨٨، علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ١٣٦.

[٥] الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٨٨.

[٦] الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٨٨.

الأول: ما ظهر فيه قوَّة الدَّليل بحيث يجزم النَّاظرُ فيه بأحد الدَّليلين والعمل بإحدى الأمارتين؛ فها هنا لا وجهَ لمراعاة الخلاف ولا معنى له[١].

الثَّاني: من الأدلَّة ما يَقْوَى فيها أحدُ الدَّليلين، وتترجَّح فيها إحدى الأمارتين قوَّة ما، ورُجحانا لا ينقطع معه تردُّد النَّفس وتشوُّفها لمقتضى الدليل الآخر-: فها هنا يحسُن مُراعاةُ الخلاف، فيقول مالكٌ ويعمل ابتداء على الدَّليل الأرجح؛ لمقتضى الرُّجحان في غلبة ظنِّه. فإذا وقع عقدٌ أو عبادة على مقتضى الدَّليل الآخر لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة؛ لوُقوع ذلك على مُوافقة دليل له في النَّفس اعتبارٌ، وليس إسقاطُه بالذي تَنشرِحُ له النَّفس[٢].

والذي يُستنتَجُ من تعريف القبّاب:

أوَّلا: هذا تعريف ابنِ عبد السَّلام التّونسي؛ مع حذفه لقول ابن عبد السلام: «مع وجود المعارض»، والإبقاءُ على هذا القيدِ أجودُ؛ لأنَّ فيه دلالةً على أنَّ هناك دليلا أصليّا في المسألة ودليلا مُعارِضا له وهو دليلُ المخالف.

ثانيا: لم يُبيِّن التَّعريف المحلَّ الذي يكون فيه إعمالُ مراعاة الخلاف؛ نعم! لقد أبان في شرحه للتَّعريف هذا المحلَّ وهو بعد الوقوع؛ لكنْ كان الأوْلى ذكرُه في التَّعريف.

وما قيل في تعريف ابن عبد السَّلام يُسحَب على تعريف أبي العبَّاس.

التَّعريف الرَّابع:

قال الشَّاطبيّ في سياق ذكره لمراعاة الخلاف: «ووجهُه أنَّه راعى دليلَ المخالف في بعض الأحوال؛ لأنَّه ترجح عنده، ولم يترجَّح عنده في بعضها فلم يُراعه»[٣]. فيؤخَذُ من بيان الشَّاطبيّ لوجه مُراعاة الخلاف أن مُراعاة الخلاف عنده هي:

«اعتبار المجتهد دليلَ المخالف في بعض الأحوال التي ترجَّح فيها عنده».

والذي يُستفادُ من مفهوم مراعاة الخلاف الذي قدَّمه الشَّاطبيّ ما يلي:

أوَّلا: مراعاة الخلاف ليس اعتبارا للخلاف ذاته؛ وإنَّما هو أخذ بمقتضى الأدلَّة الراجحة.

---

[١] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٨٨/٦.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٨٨/٦.

[٣] الشَّاطبيّ، الاعتصام ١٤٥/٢-١٤٦.

ثانيا: إعمالُ دليل المخالف إنَّما يكون في بعض الأحوال لا في كلِّها؛ وإلاَّ كان تركا للدَّليل الأصليِّ بالكليَّة؛ غيرَ أنَّه لم يُبيِّن هذه الأحوال التي يكون فيها إعمالُ دليل المخالف.

ثالثا: معيارُ الأخذ بدليل المخالف هو قوَّتُه في أحوال معيَّنة.

رابعا: لا يُقال إنَّ مفهوم مراعاة الخلاف الذي قدَّمه الشَّاطبيّ يصدُق على مفهوم الجمع بين الأدلَّة المختلفة؛ لأنَّه يُجاب عنه: بأنَّ الجمع إنَّما يكون عملا بالدَّليلين في كلِّ الأحوال؛ لا في حالات خاصَّة؛ وهذا خلافُ ما هو عليه في مراعاة الخلاف.

التعريف الخامس:

قال الحجويّ: «وتقدَّم لنا في الاستحسان...أنَّ مراعاة الخلاف من الاستحسان فليس بزائد عليه؛ لكنْ أبو محمد (أي: صالح الذي نَقَلَ عنه الفقيه راشد أدلَّة مالك) رأى أنَّ **الاستحسان الأخذ بأقوى الدَّليلين، ومراعاةُ الخلاف أخذٌ بهما معا من بعض الوُجوه**»[١].

لم أَجِدْ هذا النَّصَّ عن أبي محمد؛ فالنَّصّ المشهور عنه الذي عَدَّد فيه الأدلَّة التي بنى عليها مالك فقهه لم يفسِّر فيه مراعاة الخلاف؛ قال: «...والخامس عشر الاستحسان،...واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف؛ فمرَّةً يقول يراعيه ومرَّة لا يراعيه»[٢].

والظَّاهِرُ أنَّ الحجويَّ لَمَّا رأى أبا محمَّد غايَر بين الاستحسان وبين مُراعاة الخلاف؛ التَمَسَ وجهَ الفرق بينهما؛ فخَرَج بالفرق من عند نفسه، ليسَ على أنَّه من كلام أبي محمَّد.

ومع هذا فإنَّ هذا الفرق المذكور ليس بالبيِّن؛ إذْ الجمع بين الأدلَّة هو أخذٌ بالدَّليلين معاً من بعض الوُجوه.

مُرتكزات مفهومِ مُراعاة الخلاف:

وبعدَ عرض هذه التَّعريفات والتَّقريبات لمفهوم مراعاة الخلاف عند المالكيَّة أنتهي إلى استخلاص مُرتَكزات هذا الأصل عند المالكيَّة:

---

[١] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٤٥٥/١.

[٢] النفراوي، الفواكه الدواني ٢٣/١، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢٥٠/٢، الوزاني، المعيار الجديد ٩٣/١١، الحجوي، الفكر السامي ٤٥٥/١.

أوَّلا: مراعاة الخلاف هو تمسّك بالأدلَّة وعمل بها؛ وليس من مفهومه اعتبارُ الخلاف ذاته.

ثانيا: المعتبرُ في دليل المخالف أنْ يكون قويّا؛ فلا يُراعى كلّ دليل. ويُلحَظ أنَّ القوَّة والضَّعف مختلفة بحسَب الحال؛ أعني: أنَّ الدَّليل الأصليَّ كان هو القويّ قبل الوقوع، أمَّا بعد الوُقوع فقد صار دليلُ المخالِف هو الأقوى لاعتباراتٍ سيأتي دراستُها فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

ثالثا: محلُّ إعمال دليل المخالف هو بعدَ الوُقوع حيثُ يترجَّح دليله على الدَّليل الأصليّ.

رابعا: مراعاة الخلاف ليس فيه تركٌ للدَّليل الأصليِّ بالكليَّة؛ إذ يُؤخَذُ بهذا الدَّليل قبل الوقوع.

خامسا: مراعاة الخلاف وظيفةُ المجتهد؛ إذْ الأخذ بالأدلَّة والنَّظر في قويّها وضعيفِها ليس من مهامّ المقلِّدين.

سادسا: الفرقُ بين مراعاة الخلاف وبين الجمع بين الدَّليلين أنَّ القول النَّاتج عن الجمع بين الدَّليلين يُؤخَذُ به في كلّ الأحوال؛ أمَّا في مراعاة الخلاف فهو إعمالٌ لدليل المخالف في بعض ما دلَّ عليه في حالة بعد الوقوع.

التَّعريف المختار لمراعاة الخلاف:

وإذا انتهينا من إبراز مُرتَكزات مفهوم مراعاة الخلاف نأتي إلى إعطاء تعريف يكون أدنى إلى حقيقة هذا الأصل وأقربَ من مضمونه الذي قال به المالكيَّة؛ ومنه فإنَّ مراعاة الخلاف عند المالكيَّة هو:

«**إعمالُ المجتهد لدليل المخالف في بعض ما دلَّ عليه في حالة بعد الوُقوع؛ لترجّحه على دليل الأصل**».

قوله: «**إعمال المجتهد**» فيه لحظٌ للمرتكز الخامس.

قوله: «**لدليل المخالف**» فيه لحظ للمرتكز الأوَّل.

قوله: «**في بعض ما دل عليه**» فيه اعتبار للمرتكز الرَّابع.

قوله: «**في حالة بعد الوقوع**»؛ فيه ملاحظة للمرتكز الثَّالث والسَّادس.

قوله: «**لترجحه على دليل الأصل**» فيه اعتبار للمرتكز الثاني.

الفرع الثّالث: الألفاظ ذات الصِّلة بمراعاة الخلاف:

لمراعاة الخلاف معنيان في إطلاقات العلماء:

الأوَّل منهما: مُراعاة الخلاف قبلَ الوُقوع، وهو ما يُعرَفُ كذلك بالخُروج من الخلاف، وإطلاقُ مُراعاة الخلاف على هذا المعنى مشهور عند المذاهب الأُخرى غير مذهب مالك ﷺ، فالأصلُ في إطلاقهم لمراعاة الخلاف أنَّهم يقصدُون إلى معنى الخُروج من الخِلاف[١]، كما أنَّه قد وقع لبعض المالكيَّة إطلاقُ مُراعاة الخلاف على هذا المعنى[٢].

ومعنى مُراعاة الخلاف قبل الوقوع:

أنْ يُراعِيَ المجتهد خلافَ الغير في أصل الحكم المبتدإ الذي كان إليه اجتهادُ المجتهد؛ فيأوي إلى قول غيره لِمَا في ذلك من تحقيق جانب الوَرَع والحياطة للدِّين؛ فهو يتوسَّطُ في قوله الذي ينتهي إليه بالخُروج من الخلاف؛ فمثلا: في مسألة أَسْلَمَه النَّظرُ فيها إلى حكم الإباحة، وخالفَه غيرُه مستنداً إلى دليل له اعتبارٌ في النَّظر فقال بالحُرمة؛ فبمقتضى الوَرَع والحيطة فإنَّه يُخرَجُ من الخلاف ويُحتاط للدِّين استحبابا بأنْ يُتوسَّط في القول ويقول بالكراهة في المسألة. وكذلك الشَّأنُ في مسألة أدَّاهُ فيها اجتهادُه إلى الإباحة، وخُولِفَ بدليل له في النَّظر موقعٌ مُعتبَر دلَّ على الوجوب؛ فاستنادا إلى الخُروج من الخلاف يقول هو ابتداءً بالاستحباب[٣].

أمَّا المعنى الثَّاني لإطلاق هذا المصطلح: فهو مراعاة الخلاف بعد الوقوع، وهو المشهور في إطلاقات المالكيَّة.

ولقد كان لهذا التَّبايُن في الإطلاقات أثرٌ في تنـــزيل كلام بعض الأئمَّة على خلاف المراد الذي عنوه والمقصد الذي راموه؛ فبعضٌ ممَّن تناول بالبحث مرعاة الخلاف جعل يسرُد أقوالَ وشروطَ المذهب الشَّافعيِّ للأخذ بمُراعاة الخلاف، وجعل يُطبِّق تلك الشُّروط والأقوال على

---

[١] الزركشي، المنثور، ٢/١٣٠، ١٣٣، زكريا الأنصاري، شرح البهجة ١/١٥٧، الهيتمي، تحفة المحتاج ٣/٤٠٣، الرحيباني، مطالب أولي النهى ٥/٤٦٨، ابن نجيم، البحر الرائق ١/٣٤٠.

[٢] النفراوي، الفواكه الدواني ١/١٩١، ٢٩٧، ٣٠٥، ٣٥٣، ٢/٢٦٧، الدسوقي، الحاشية ١/٢٧٠، ٢/١١٨، الدردير، الشرح الصغير ١/٩٤، الصاوي، بلغة السالك ١/٣٠٩.

[٣] السنوسي، مراعاة الخلاف ٦٥-٦٦.

مُراعاة الخلاف التي قال بها المالكيَّة؛ والأمرُ على خِلاف ذلك إذْ مبحثُ الخروج من الخلاف يختلف عن مبحث مُراعاة الخلاف على اصطلاح المالكيَّة الخاصّ.

ومعنى مراعاة الخلاف بعد الوقوع:

أنَّ الاجتهاد الأوَّليَّ للمجتهد أدَّاه إلى حكم معيَّن؛ لكنَّ الفعل بعد وُقوعه نَشأ عنه بعضُ الملابسات التي استدْعَت إعادةَ النَّظر في أدلَّة المسألة؛ لمكان اختلاف المُلابسات التي لها موقعٌ في تشكيل صورة المسألة؛ وإذا اختلفت صورةُ المسألة عن الصّورة الأوَّليَّة لزِمَ أنْ يُستأنَف الاجتهادُ؛ وعليه فإنَّ المجتهد يسلط نَظرَه في المسألة الجديدة مع لحظ دليلِ المُخالِف وما نَشَأَ حالَ التَّطبيق من آثار ومُلابسات تكون مُعتَبَرة في التَّرجيح والنَّظر[١].

ووجوه الفرق بين الخروج من الخلاف وبين مراعاة الخلاف يتمثَّل فيما يلي:

أوَّلا: يختلفان من حيثُ الحكم؛ فالخروج من الخلاف حكمُه الاستحباب؛ لأنَّه من الوَرَع؛ أمَّا مُراعاة الخلاف فحكمُه الوجوب لأنَّه عملٌ بمقتضى الدَّليل الرَّاجح؛ واتِّباعُه واجب.

ثانيا: مُدْرَكُ العمل بالخروج من الخلاف هو الوَرَعُ؛ أمَّا مُراعاةُ الخلاف فهو اتِّباعُ الدَّليل الرَّاجح.

ثالثا: الخروج من الخلاف يُفرَضُ في حالة ما قبل الوُقوع، أما مُراعاة الخلاف فبعد الوُقوع.

والذي يعنينا في هذا الموضع هو مُراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ وهو الذي تقدَّمت فيه تعريفاتُ المالكيَّة.

المطلب الثَّاني: حجيَّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي:

الفرع الأول: مرعاة الخلاف أصلٌ من أصول المذهب:

مُراعاة الخلاف أصلٌ من أصول المذهب المالكيِّ نصَّ عليه غيرُ واحد من أئمَّة المذهب؛ وجعلوه من قواعد المذهب وأصوله التي بَنَى عليها مالكٌ وأصحابه كثيرا من الفروع الفقهية؛ ومن هذه النصوص التي نسب فيها المالكيَّة هذا الأصل للمذهب المالكيِّ:

[١] المصدر السابق ٦٨-٦٩.

قال ابن رشد الجدّ: «...مراعاة الخلاف، وهو أصلٌ في المذهب»[١]، وقال: «...ومن مذهبه مراعاة الخلاف»[٢]؛ وقال في نوازله: «مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك»[٣].

وقال المقَّريُّ قواعده: «قاعدة: من أصول المالكيَّة مراعاة الخلاف»[٤].

وقال الشَّاطبيّ: «...مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة»[٥]، وقال بعد سَوقه لبعض الأمثلة من مُراعاة الخلاف في المذهب المالكيِّ: « وهذا المعنى كثيرٌ جدّا في المذهب»[٦]، وقال الشَّاطبيّ في السّؤال الذي وجَّهه لأئمَّة المغرب: «إنَّ مالكا وأصحابَه رحمهم الله يَجري كثيرا في فتاويهم ومسائلهم مُراعاة الخلاف ويَبنون عليها فروعا حجة (كذا)، ويُعلِّلُ به شيوخ المذهب الشَّارحون له أقوال من تقدَّم من أهل مذهبهم من غير توقُّف حتَّى صارت عندهم وعند مدرِّسي الفقهاء قاعدةً مبنيًّا عليها، وعمدةً مرجوعا إليها»[٧].

وقال الشَّيخ بناني: «...مُراعاةُ الخلاف...هو أصلٌ في المذهب، ومن ذلك قولُهم في النِّكاح المختلف في فساده أنَّه يُفسَخ بطلاق وفيه الميراث، وهذا المعنى أكثرُ من أن يُحصَر»[٨].

وقال التَّسوليّ: «...من جملة ما بَنَى (أي: مالك) عليه مذهبه مُراعاة الخلاف؛ فتارةً يُراعيه، وتارةً لا يُراعيه»[٩].

وقد عُدَّ أصلُ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكيِّ؛ قال القبَّاب في جوابه عن استشكالات الشَّاطبيِّ: «فاعلم أنَّ مُراعاة الخلاف من محاسنِ المذهب؛

وكَمْ من عائبٍ قولا صحيحا		وآفتُه من الفهم السَّقيم»[١٠].

وعزاه القُرطبيُّ لمالك؛ قال: «...ولذلك راعى مالكٌ الخلاف»[١].

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٧.

[٢] المصدر السابق ١/٤٢٥.

[٣] ابن رشد، المسائل ٢/١٠٢٣.

[٤] المقري، القواعد رقم ١٢.

[٥] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٢/١٤٥.

[٦] المصدر السابق ٢/١٤٦.

[٧] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/٣٦٦-٣٦٧.

[٨] الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/١٥١.

[٩] التسولي، البهجة في شرح التحفة ١/٢٠.

[١٠] الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٨٨، علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ١٣٦.

ومن علماء المذهب المالكيّ مَنْ جعل مُراعاة الخلاف فرعاً من فروع الاستحسان وشُعبة من شِعابه؛ ومن هؤلاء الذين اعتبروه من قَبيل الاستحسان: ابن رشد؛ قال: «ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب»[٢]، وقال في شرحه لبعض مسائل المستخرجة: «...وهذا القول هو القياس على المذهب؛ لأنَّ مُراعاة الخلاف إنَّما هو استحسان...»[٣].

وقد خرَّج أبو العباس القبَّاب مسألة مراعاة الخلاف على أصل الاستحسان في الجواب الثَّاني الذي بَعث به للشَّاطبي؛ وقد نقل الشَّاطبيّ هذا الجواب في كتاب "الاعتصام" وجعل ما ورد في كلام القبَّاب من أدلَّة أدلةً على أصل الاستحسان؛ قال القبَّاب معلِّقا على إشكالات الشَّاطبيّ: «وكلُّها إيرادات سديدةٌ صادرة عن قريحة قياسيَّة مُنكِرة لطريقة الاستحسان. ولقد ضاقَت العبارة عن معنى أصل الاستحسان...حتَّى قالوا أصحّ عبارة فيه أنَّه معنى ينقدح في نفس المجتهد تعسُر العبارة عنه، فإذا هذا أصله الذي مرجع فروعه إليه فكيف ما يُبْنى عليه؟ فلا بُدَّ أنْ تكون العبارة عنه أضيقَ»[٤]. فترى كيفَ جعل مراعاة الخلاف ينبني على الاستحسان؛ وعدَّ الاستحسان أصلا لمراعاة الخلاف.

وقال الشَّاطبيّ بعد أن ساق الجواب بأكمله: «انتهى ما كَتَبَ لي به؛ وهو بَسْطُ أدلَّة شاهدة لأصل الاستحسان»[٥].

وقال الشَّاطبيّ في الاعتصام: «قالوا إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاةَ خلاف العلماء...»[٦].

وقال التَّسوليّ عن مراعاة الخلاف: « وذلك كلّه راجع إلى تقديم الاستحسان على القياس»[٧].

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ٣١٠/٨.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٥٧/٤.

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٢٤/١٥.

[٤] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٨٠/٣.

[٥] المصدر السابق ٩١/٣.

[٦] المصدر السابق ٧٦/٣.

[٧] التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢٠/١.

غير أنَّ عدَّ مُراعاة الخلاف من شِعاب الاستحسان وفروعه يُعارض ما عليه كثيرٌ من عُلماء المذهبِ من التَّفرقة بين الأصلين والمُغايرَة بينهما، والتَّفريقُ والمغايرة تقتضي أنَّ بين الأصلين فروقا واختلافا؛ إذْ لو كان مُراعاة الخلاف ممَّا لا يُخالف أصلَ الاستحسانِ في شيء لَما كان للتَّفرقة بينهما من وجه. ويستدعي هذا المقامُ أن يُوقَف وقفة مقارنة بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف.

وبعد النَّظر تحرَّر لي أنَّ بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف وجوها من الوَفق، ووُجوها من الخُلف:

أوجه الاتفاق:

أوَّلا: انبناء مراعاة الخلاف والاستحسان على اعتبار المآل.

ثانيا: يَشتركان في عدم العمل بدليل الأصل في بعض مُقتَضياته.

أوجه الاختلاف:

أوَّلا: يُشتَرط في مراعاة الاستحسان أن يكون دليلُ الأصل الذي كان منه الاستثناءُ دليلا عامّا أو قياسا متعدِّيا؛ وهذا غير مُشتَرَط في مراعاة الخلاف؛ فقد يكون دليل الأصل دليلا خاصّا.

ثانيا: وينبني على الفرق الأوَّل أنَّ الاستحسان يقوم على أساس الاستثناء؛ فالاستحسان هو استثناءٌ من الدَّليل الأصليِّ بدليل الاستدلال المرسل؛ أما مُراعاة الخلاف فليس فيه معنى الاستثناء؛ لأنَّ حقيقته تركٌ لمقتضى الدَّليل الأصليِّ في حالة بعد الوُقوع لما ترتَّب عليه الوُقوع من آثار أنتجت إعادةَ النَّظر في مُقتضى الأدِّلة؛ بحيث أفضى هذا النَّظر إلى ترجيح دليل المخالف في بعض مقتضياته على دليل الأصل.

ثالثا: الدَّليل الذي يُعدَل إليه في الاستحسان هو الاستدلال المرسل في العموم الأغلب عند المالكيَّة؛ أما مراعاة الخلاف فالدَّليل الذي يُعدَل إليه ليس مصلحة؛ بل قد يكون دليلا من الأخبار أو الأقيسة. نعم! للمصلحة المعتبرة شرعا أثرٌ محورِيٌّ في ترجيح دليل المخالف في بعض مقتضياته على دليل الأصل.

فإذا ثبت أن هناك فروقا بين الأصلين ترجَّح التَّفرقة بينهما، وعدُّ كلٍّ منهما أصلا مفردا من أصول المذهب؛ وبه يظهر ترجيح من أفرد مراعاة الخلاف بكونه أصلا مستقلاّ؛ ولعلَّ وجه

عدّ المراعاة الخلاف من قبيل الاستحسان هو التّشابه بين الأصلين في ترك مقتضى الدّليل الأصليِّ في محلٍّ اقتضى التّرك.

والذي يظهر أنَّ مرجِع عدّ مراعاة الخلاف من فروع الاستحسان هو التّفسير العامّ الذي فُسِّر به مفهوم الاستحسان؛ بأنَّه عمل بأقوى الدليلين؛ فلو أُخِذَ الاستحسان على هذا المفهوم لكانت مُراعاة الخلاف ممَّا يندرج مفهومُه ضِمْنَ مفهوم الاستحسان؛ لأنَّ مُراعاةَ الخِلاف عملٌ بوجهٍ من كلِّ دليل فيما قوِيَ في بعض مُقتَضياتِه.

الفرع الثّاني: شواهد من فقه مالك وتلامذته بالأخذ بمراعاة الخلاف:

ومن أمثلة مراعاة الخلاف قولهم إنَّ الماء اليسير إذا حلَّت فيه النَّجاسة اليسيرة و لم تغيِّر أحد أوصافه إنَّه لا يتوضَّأ به ويتيمَّم ويتركه؛ فإنْ توضَّأ به وصلَّى لم يُعِد إلاّ في الوقت؛ مُراعاة لقول من رآه طاهِرا، ويبيح الوضوء به ابتداء. وكان القياس على أصل قولهم أنْ يُعيدَ أبدا؛ إذْ لم يتوضَّأ إلاَّ بما يصحّ له تركه إلى التيمُّم[١].

ومن أشهر الأمثلة في أخذ المالكيَّة بمراعاة الخلاف حكمُهم في الأنكحة الفاسدة المختلَفِ فيها؛ فقد قال المالكيَّة بأنَّ ما كان على هذه الشَّاكلة فإنَّه يثبت فيه الميراثُ وأنَّ الفسخ يكون بطلاق؛ ومُقتضى دليل الفساد يوجِبُ أن يكون الفسخُ دون طلاق، وأنْ لا يثبت معه ميراث؛ إذ لا وُجود لموجبه من قيام الزَّوجيَّة الصَّحيحة؛ لكن اعتبر المالكيَّة الخلاف في المسألة لقوَّة دليل المخالف فيها؛ فقالوا ببعض مُقتضى دليله في الفسخ بالطَّلاق وإثبات الميراث[٢].

قال ابن القاسم في المدونة في مسألة جارية على هذا المنوال: «...وهو أمرٌ قد اختلف فيه أهلُ العلم في الفسخ والثَّبات، فأراه نكاحا أبدا يتوارَثان حتَّى يفسخ لما جاء فيه من الاختلاف؛ وكلُّ ما كان فيه اختلاف من هذه الوجوه ممَّا اختلف النَّاس فيه فإنَّ الميراث فيه حتَّى يفسخه من رأى فسخه؛ ألا ترى لو أنَّ قاضيا ممَّن يرى رأي أهل الشرق[٣] أجازه قبل أنْ يدخل بها وفرض عليه صداق مثلها ثمَّ جاء قاض ممَّن يرى فسخه و لم يكُن دخل بها لم يفسخه لما حكم فيه من رأى خلافه؛ فلو كان حَراما لجاز لمن جاء بعده فسخه؛ فمن هنالك رأيت الميراث

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٥٧/٤، الحطاب، مواهب الجليل ٧٠/١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٧٥/١-٧٦.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٥٧/٤.

[٣] ويُريد بأهل الشَّرق أو أهل المشرق أهلَ العراق؛ وهذا الاصطلاحُ كان شائعا في القُرون الأُولى.

بينهما؛ وكذلك بلغني عن مالك»[١] ففي هذا النَّصّ الجليل يُبرِزُ ابنُ القاسم فيه أنَّ الحكم بالطَّلاق وثبوت الميراث إنَّما كان لما أُثِرَ من خلاف لبعض أهل العلم، والمسائل المختلف فيها التي لا يُجزَمُ فيها بالحكم لا تُعامَل مُعاملة المسائل التي لا اختلاف فيها.

ومذهب المالكيَّة أنَّ النِّكاح المختلَف فيه ممَّا يلحق فيه الطَّلاقُ من المطلِّق إنْ طلَّق قبل الفسخ؛ قال ابن القاسم: «...فأمَّا ما اختلف النَّاس فيه حتَّى يأخذ به قوم ويكرهه قوم فإنَّ المطلق يلزمه ما طلَّق فيه...ويكون الفسخُ فيه عندي تطليقة»[٢]؛ فحَكَمَ ابنُ القاسم بثبوت الطَّلاق على الرُّغم من أنَّه قائل بعدم جواز ذلك النِّكاح؛ لكنْ لَّما كانت المسألة ممَّا يشملُها خلافُ أهل العلم حَكَمَ فيها بثبوت الطَّلاق؛ حياطة للفروج.

وقال ابن القاسم في السِّياق نفسه: «وأصلُ هذا -وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم-: أنَّ كلَّ نكاح اختلف النَّاس فيه ليس بحرام من الله ولا من رسوله أجازه قوم وكرهه قوم أنَّ ما طلَّق فيه يلزمه؛ مثل المرأة تتزوَّج بغير وليّ أو المرأة تزوج نفسها...أنَّه إن طلَّق في ذلك البتَّة لزمه الطَّلاق ولم تحلّ له إلاَّ بعد زوج؛ وكلُّ نكاح كان حراما من الله ورسوله فإنَّ ما طلَّق فيه ليس بطلاق، وفسخه ليس فيه طلاق. ألاَ تَرَى أنَّ ممَّا يُبيِّن ذلك أنْ لو أنَّ امرأة زوَّجت نفسَها فوقع ذلك إلى قاض يُجيز ذلك -وهو رأي بعض أهل المشرق- فقضى به وأنفذه حين أجازه الوليّ؛ ثمَّ أتى قاض ممَّن لا يُجيزه أكان يَفسخه، ولو فسخه لأخطأ في قضائه؛ فكذلك يكون الطَّلاق يلزمه فيه. وهذا الذي سمعت ممَّن أثقُ به من أهل العلم؛ وهو رأيي»[٣].

وقال ابنُ رشد بعد أن ساق بعض الأمثلة من مراعاة الخلاف في المذهب-: «وهذا المعنى أكثر من أن يحصى وأشهر من أن يجهل أو يخفى»[٤].

وكثيراً ما كان يُراعي ابنُ القاسم خلافَ أهلِ العراق؛ وهذا معلوم من تتبَّع الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على أساس هذا الأصل؛ وابنُ القاسم كان مُطَّلعا على كثير من مذاهب أهل العراق وخلافهم لأهل المدينة، بل إنَّ المدوَّنة التي هي عمدة المالكيَّة في مذهبهم أصلُها أسئلة

---

[١] سحنون، المدونة الكبرى ٢/١٦٩.

[٢] المصدر السابق ٢/١٢١.

[٣] سحنون، المدونة الكبرى ٢/١٢٠-١٢١.

[٤] ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٧.

اجتلبها أسدُ بن الفُرات من العراق ثمَّ سأل عنها ابنَ القاسم فأجابه بمذهب مالك أو بالقياس على مذهبه؛ ثمَّ أعاد سحنون سؤال ابنِ القاسم عن المسائل التي تضمَّنتها الأسديَّة فحرَّر ابن القاسم الأجوبة عليها وتلافى ما وَقَعَ له في سؤالات أسد بن الفرات من زلل أو عدم تحرير؛ فكان بذلك كُتُبُ المدوَّنة[١].

قال ابن رشد الجدّ: «...ابن القاسم...كثيرا ما يميل إلى مذاهبهم -أي: مذاهب أهل العراق- في مسائله ويُراعي أقوالهم فيها»[٢].

الفرع الثَّالث: موقف المالكيَّة من مراعاة الخلاف بعد الوقوع:

بعد أنْ تقرَّر أنَّ مراعاة الخلاف من أصول مذهب مالك رحمه الله ومن القواعد التي جرَت عليها فروع مُتكاثِرةٌ في مذهبه؛ فإنَّا نأتي على بيان مَدَى قَبول المالكيَّة لأصل مُراعاة الخلاف أو ردّهم له واعتراضهم على الاحتجاج به والاستناد إليه والتعويل عليه.

والمتتبِّعُ لهذا المسألة يَبينُ له أنَّ هذا الأصل كان مثارَ اهتمام كثير من علماء المذهب، بين مستشكل له في مفهومه ومضمونه ومُدركه والشّروط المعتبرة في الأخذ به وضابط ذلك؛ وبين ناصر له ومُثبت لحجيَّته وقوَّة مُدركه الشَّرعيّ؛ فلم يكن هذا الأصل محلَّ تسليم لدى عامَّة علماء المذهب؛ وفي هذا الفرع سأتناول أقوال المؤيِّدين لهذا الأصل والدَّافعين له من أهل المذهب المالكيّ:

أوَّلا: المالكيَّة الذين عابوا القول بمراعاة لاخلاف:

---

[١] عياض، ترتيب المدارك ٤٦٩/١-٤٧٣.

[٢] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٧١/٦. قال ابن تيمية: «معلوم أنَّ مدوَّنة ابن القاسم أصلها مسائل أسد بن الفرات التى فرَّعها أهل العراق، ثمَّ سأل عنها أسدٌ ابنَ القاسم فأجابه بالنَّقل عن مالك وتارة بالقياس على قوله، ثمَّ أصلها فى رواية سحنون؛ فلهذا يقع فى كلام ابن القاسم طائفةٌ من الميل إلى أقوال أهل العراق، وإنْ لم يكُنْ ذلك من أصول أهل المدينة». مجموع الفتاوى ٣٢٧/٢٠-٣٢٨. ومما يذكر عرضا في هذا الموضع أن أقرب المذاهب إلى مذهب المالكيَّة في المنطق الاجتهادي هو مذهب الحنفية؛ وقد سمى الشاطبي كتابه الموافقات بهذا الاسم لأن فيه توفيقا بين مذهبي ابن القاسم وأبي حنيفة (الموافقات ٢٤/١)؛ وقال الفقيه أبو الليث الحنفي في "تأسيس النظائر" أنَّه: «إذا لم يوجد في مذهب الإمام (أبي حنيفة) قولٌ في مسألة يُرجَع إلى مذهب مالك؛ لأنَّه أقربُ المذاهب إليه». رد المحتار لابن عابدين ٤١١/٣.

قال أبو العباس القبّاب: «...وقد استشكل كثيرٌ من العلماء القولَ بمراعاة الخلاف...وربّما عدَّه المعترض بما يقبح به هذا المذهب»[١].

وأوَّل من وقفتُ له على كلام في الاعتراض على الاحتجاج بمراعاة الخلاف ابنُ عبد البرّ؛ ثمَّ اعترضه بعدَه أئمَّةٌ كالقاضي عياض، وأبي عمران الفاسي، وعُزِيَ للَّخميّ.

قال الونشريسيّ: «القول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعةٌ من الأشياخ المحقّقين والأئمَّة المتقنين؛ منهم: أبو عِمْرَان وأبو عُمَر[٢] وعياض»[٣]؛ وقال في "إيضاح السالك": «..والقول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء، ومنهم اللَّخميّ وعياض وغيرهما من المحقّقين، حتَّى قال عياض: القول بمراعاة الخلاف لايعضُده القياس»[٤].

قال ابن عبد البرّ: «...وأظنّ قائل هذا القول من أصحابنا في أكل كلِّ ذي ناب راعَى اختلاف العلماء في ذلك، ولا يجوز أنْ يُراعى الاختلافُ عند طلب الحجَّة؛ لأنَّ الاختلاف ليس منه شيء لازِمٌ دون دليل، وإنَّما الحجَّة اللاَّزمة الإجماع لا الاختلاف...»[٥].

وقال عياض: «القولُ بمراعاة الخلاف لا يعضُده القياس[٦]؛ وكيف يترك العالمُ مذهبه الصَّحيح عنده ويُفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه؛ هذا لا يسوغ له إلاَّ عند عدم التَّرجيح وخوف فوات النَّازلة فيسوغ له التَّقليد، ويسقط عنه التَّكليف في تلك الحادثة»[٧].

وعُزِيَ ها القول لبعض المتأخِّرين من المالكيَّة؛ قال الونشريسي: « واختار هذا أيضا بعض الشّيوخ أهل المذهب من المتأخِّرين؛ ووجَّهه بأنَّ دليلي القولين لا بدَّ أن يكونا متعارضين يقتضي كلّ واحد منهما ضدّ ما يقتضيه الآخر، وهو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين»[٨].

---

[١] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٨٧/٦.

[٢] هو أبو عمر بن عبد البر؛ والمالكيَّة إذا أطلقوا لقب "أبي عمر" فيعنون ابن عبد البر.

[٣] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٦/١٢، عليش، فتح العليّ ٨٢/١، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢٣٧/١.

[٤] الونشريسي، إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك١٦٠، المنجور، شرح المنهج المنتخب ١٩٨، ٢٥٣.

[٥] ابن عبد البر، التمهيد ١٤١/١-١٤٢.

[٦] قال المنجور في شرح المنهج المنتخب: «لما فيها من عدم الجريان على مقتضى الدليل» ٢٥٩.

[٧] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٦/١٢؛ إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك١٦٠؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب ١٩٨، ٢٥٣؛ عليش، فتح العليّ ٢٨/١.

[٨] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٦/١٢، عليش، فتح العليّ ٢٨/١.

ثانيا: المالكيَّة القائلون بمراعاة الخلاف:

وغالب المالكيَّة على حجيَّة هذا الأصل وقوَّته وسَداد مأخذه؛ ومن أئمَّة المذهب الذين قالوا بمراعاته اللَّخمي وابنُ العربيّ[1] وابنُ عرفة والقبّاب وأبو عبد الله الفشتالي والشَّاطبيّ وغيرُهم كثير.

وسيأتي في تضاعيف هذا البحث مناقشة إشكالات بعض المالكيَّة على أصل مراعاة الخلاف.

المطلب الثَّالث: العمل بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه وشروطه:

الفرع الأوَّل: حكم العمل بمراعاة الخلاف:

تأسيساً على أنَّ مُراعاة الخلاف ليس من قَبيل مراعاة صورة الخلاف؛ وإنَّما هو تمسّك بالدَّليل الرَّاجح الذي نَشَأت قوَّتُه بعد وقوع الفعل؛ فإنَّ الحكم المتفصّي عن مراعاة الخلاف ممَّا يجب على المجتهد العمل به، ولا يسعه مخالفته؛ ذلك أنَّ العمل بالرَّاجح واجبٌ التَّعلّقُ به؛ إذْ لا يسَعُ المجتهدَ أن يترك ما رجح عنده إلى غيره من الأدلَّة المرجوحة في نظره لأنَّ الله تعالى تعبَّد المجتهدَ بما أدَّاه إليه نظرُه واجتهادُه، وما انتهى إليه ترجيحُه واختياره؛ وتركُ الرَّاجح إلى غيره هو تركٌ لما تعبَّد الله تعالى به المجتهدَ، وهو ممنوع فيكون ما أدَّى إليه ممنوعا؛ ومنه فإنَّ الحكم المبنيَّ على مراعاة الخلاف يجب على المجتهد العمل به، ولا يسعه مفارقته إلى غيره؛ وكذلك فإنَّ المقلِّد يجب عليه أنْ يتَّبع الأحكام التي بُنيت على مراعاة الخلاف؛ لأنَّه مقلِّد لإمامه ومتَّع له في اجتهاده.

وقد قرَّر الرَّصاعُ في شرح حدود ابن عرفةَ وُجوبَ العمل بمراعاة الخلافِ للمجتهد؛ قال رحمه الله: «فإنْ قُلتَ: إذا كان كذلك فهل تجِبُ مُراعاة الدَّليل أو تجوز؟ قلتُ: يظهر وُجوب ذلك عند المجتهد»[2].

هذا؛ وقد يقع في بعض عبارات عُلماء المذهب المالكيِّ أنَّ هذا الحكم مستحبّ مراعاةً للخلاف؛ كقول ابن رشد في شرحه لبعض مسائل المستخرجة: «...وإلى هذا ذهب مالك إلاَّ

---

[1] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/٣٦، عليش، فتح العليّ ١/٨٢.

[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٩.

أنَّه اتَّقى القول الآخر وراعاه فاستحبَّ له...»[١]؛ وقال: «...إلاَّ على وجه الاستحباب مراعاةً للاختلاف»[٢].

وليس المراد من مراعاة الخلاف في هذه المواضع المعنى الاصطلاحيَّ الذي نحن بصدد البحث فيه؛ وإنَّما هو بمعنى الخروج من الخلاف؛ وقد تقدَّم أنَّ البعض قد يُطلِق على الخروج من الخلاف مصطلحَ مراعاة الخلاف؛ والاستحبابُ في الخروج من الخلاف إنَّما هو ناشئ عن الباعث والسبب الذي تعلّق به وأُخِذَ بمقتضاه؛ فالوَرَعُ هو الباعث على الخروج من الاختلاف في الابتداء؛ والورعُ في هذا الموضع مستحبّ لا وجوبَ فيه، ولا إلزام عليه؛ فكان ما انبنى عليه مستحبّا ولا وجوب فيه كذلك.

الفرع الثّاني: شروط الأخذ بمراعاة الخلاف:

وإذا كان أصل مراعاة الخلاف أصلا من الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ-: فإنَّ لإعمال هذا الأصل شروطا يلزَم تحقُّقها ليسوغ البناء على وَفقه، والجريان على منهجه:

الشَّرط الأوَّل: أنْ يكون دليل المخالف قويّا:

من الشُّروط التي اعتبرها المالكيَّة في الأخذ بمراعاة الخلاف أن يكون دليلُ المخالف الذي يُرجع إليه في أصل مراعاة الخلاف دليلا له اعتبارٌ وقوَّة؛ فلا يكون من الأدلَّة الواهية الواهنة.

قال ابن خويزمنداد في كتابه الجامع لأصول الفقه: «مسائل المذهب تدل على...أنَّ مالكا رحمه الله كان يُراعي من الخلاف ما قويَ دليله لا ما كثر قائله...»[٣].

وهذا الذي نحا إليه ابنُ رشد؛ قال: «على قوَّة الخلاف تَقوى مُراعاته»[٤] وقال: «...من مذهبه مُراعاة الخلاف؛ فكلَّما ضعُف الاختلاف في إجازته قويتْ فيه الكراهة...»[٥].

وهذا ما حرَّره ابنُ عبد السَّلام وأقرَّه على هذا التَّحرير مَن جاء بعده؛ قال ابنُ عبد السَّلام التّونسيّ: «والذي ينبغي أن يُعتقد أنَّ الإمام رحمه الله تعالى إنَّما يُراعي ما قوي دليله،

---

[١] ابن رشد، البيان والتحصيل ١١٨/٨.

[٢] المصدر السابق ١٧٤/٤.

[٣] ابن فرحون، كشف النقاب٦٣، تبصرة الحكام ٧١/١-٧٢.

[٤] المواق، التاج والإكليل ٤٩٠/٤-٤٩١.

[٥] ابن رشد، البيان والتحصيل ٣٦٧/٣.

وإذا حقق فليس بمراعاة خلاف البتة، وإنَّما هو إعطاء كلٍّ من الدَّليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض؛...المراعَى عنده إنَّما هو قوَّة الدَّليل»[١].

ومَشَى على اشتراط هذا الشَّرط من جاء بعدُ من المتأخِّرين؛ قال الونشريسي: «ومن أصلنا ألاَّ نُراعي من الخلاف إلاَّ ما قَوِيَ دليلُه»[٢]؛ وقال عليش في بيان مراد المالكيَّة من مراعاة الخلاف: «مرادهم الخلاف في المذهب وخارجه، ويُشترط قوَّة دليل المخالف»[٣].

ولائحٌ من هذا الشَّرط أنَّ مراعاة الخلاف عند المالكيَّة إنَّما هو اعتبار للدَّليل لا اعتبار لنفس القول عرِيًا عن دليله المستند عليه. كما أنَّ هذا الشَّرط يوجِبُ أن يكون الآخذ بأصل مراعاة الخلاف مجتهدا؛ لأنَّه هو العالم بقوَّة الأدلَّة وضَعفها؛ وليس المقلِّد الذي لم يبلغ رتبة المجتهد من هذا النَّظر في قَبيل ولا دَبير؛ قال عليش: «مراعاة الخلاف وظيفة المجتهد لا المقلِّد كما توهَّمه بعضهم، وتحيَّر فيها من وجوه»[٤]؛ وسئل الشَّيخ أبو إسحاق الشَّاطبيّ رحمه الله عن مراعاة قول ضعيف أو رواية ضعيفة؛ فأجاب: «مراعاة الأقوال الضَّعيفة أو غيرها شأنُ المجتهدين من الفقهاء؛ إذْ مراعاة الخلاف إنَّما معناها مراعاة دليل المخالف، حسبما فسَّره لنا بعض شيوخنا المغاربة، ومراعاة الدَّليل أو عدم مراعاته ليس إلينا معشرَ المقلِّدين، فحسبنا فهم أقوال العلماء، والفتيا بالمشهور منها. وليتَنا ننجُو مع ذلك رأسا برأس؛ لا لنا ولا علينا»[٥].

اشتراط كون الدليل قويّا عليه جماهيرُ المالكيَّة وهو المشهور من مذهبهم؛ إلاَّ أنَّ هناك أقوالا ضعيفةً تُحكى في المذهب دون أن تُنسَب إلى قائل تخالف المشهور الذي قدمته؛ وهذه الأقوال هي:

القول الأوَّل: يراعى الدَّليل القويّ والضَّعيف[٦].

---

[١] المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥، ابن ناجي، شرح الرسالة ٣٧/٢، ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٩/١، المقري، القواعد رقم ١٢.

[٢] الونشريسي، عدة البروق رقم ٢٩٨.

[٣] عليش، فتح العليّ ٦٠/١، وانظر كذلك: الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١٥١/١.

[٤] عليش، فتح العليّ ٦١/١. وانظر في ذلك: ميارة، شرح تحفة ابن عاصم ٧/١، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢١/١، التاودي، حلى المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم ٢٠/١.

[٥] الونشريسي، المعيار المعرب ١٠٣/١١.

[٦] ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٩/١، المقري، القواعد رقم ١٢، الونشريسي ٣٧/١٢، البرزلي، نوازل الأحكام ١١٢/١-١١٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

القول الثَّاني: يراعى القولُ الذي كثر قائله لا ما قوي دليلُه[١].

القول الثَّالث: أنْ يُراعَى نفس الخلاف كثُر قائلُه أو قلَّ[٢].

والقول الثَّاني والثَّالث مؤسَّسان على أنَّ المراعى في أصل مراعاة الخلاف هو نفسُ القول لا الدَّليل؛ وهذا باطل في المذهب؛ لأنَّ مدرك مراعاة الخلاف إنَّما يتمشَّى على أساس كون المراعى هو الدَّليل لا القول؛ كما أنَّ ترك الدَّليل إلى مجرَّد القول هو تركٌ للاجتهاد إلى التَّقليد؛ وهذا ما لا يجوز في حقِّ المجتهد.

أمَّا القول الأوَّل فإلى جانب اعتباره الدَّليل القويَّ فهو يعتبر الدَّليل الضَّعيف؛ وهذا مردود في المذهب المالكيِّ؛ دليلُه:

أنَّ مذهب مالك في الخلاف الشَّاذ الضَّعيف أن يُحكَم عليه بالنَّقض قضاءً، وما حُكِمَ عليه بالنَّقض قضاء لا يُعتبر في الخلاف؛ قال ابن القاسم في الأنكحة المختلف فيها: «وأصلُ هذا -وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم- أن كلَّ نكاح اختلف النَّاس فيه ليس بحرام من الله ولا من رسوله أجازه قوم وكرهه قوم-: أنَّ ما طلَّق فيه يلزمه، مثل المرأة تتزوج بغير ولي أو المرأة تزوج نفسها...أنَّه إنْ طلَّق في ذلك البتة لزمه الطلاق ولم تحل له إلا بعد زوج؛ وكلُّ نكاح كان حراما من الله ورسوله فإنَّ ما طلَّق فيه ليس بطلاق وفسخه ليس فيه طلاق؛ ألاَ ترى أنَّ ممَّا بيّن ذلك أن لو أن امرأة زوَّجت نفسَها فوقع ذلك إلى قاض يجيز ذلك، وهو رأي بعض أهل المشرق فقضى به وأنفذه حين أجازه الوليّ؛ ثمَّ أتى قاض ممَّن لا يُجيزُه أكان يفسخه ولو فسخه لأخطأ في قضائه، فكذلك يكون الطَّلاقُ يلزمه فيه وهذا الذي سمعت ممن أثق به من أهل العلم وهو رأبي»[٣].

فترى كيف أنَّ ابن القاسم احتجَّ على مراعاة الخلاف في الأنكحة الفاسدة المختلف فيها بما إذا رُفِعَ هذا النَّوعُ من الأنكحة إلى مَن يُجيزها فإنَّ حكمه فيها لا يُنقض؛ ومعلوم في

[١] ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٩/١، المقري، القواعد رقم ٥٤٠، الونشريسي ٣٧/١٢، البرزلي، نوازل الأحكام ١١٢/١-١١٣.

[٢] ابن فرحون، كشف النقاب ١٦٧، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٩/١، المقري، القواعد رقم ٥٤٠، الونشريسي ٣٧/١٢، البرزلي، نوازل الأحكام ١١٢/١-١١٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

[٣] سحنون، المدونة الكبرى ١٢٠/٢-١٢١.

المذهب أنَّ النَّقض لا يكون إلاَّ فيما كان فيه الخلافُ شاذا ضعيفا[١]؛ وعليه فإنَّ الخلاف الشَّاذَّ أو الضَّعيف ممَّا لا يَجري فيه مُراعاةُ الخِلاف.

الأقوال التي تراعى لا يقتصر فيها على أقوال أهل المذهب بل يعم ذلك أقوال العلماء خارج المذهب:

والخلافُ الذي يُراعى لا يختصّ بالخلاف خارج المذهب، بل هو عامّ في كلّ خلاف داخل المذهب أو خارجه ما دام تَجري عليه شروطُ الاعتبار؛ فما كان فيه الخلافُ قويّا اعتُبر، ولو داخل المذهب، وما كان الخلاف فيه ضعيفا شاذّا نُبِذَ و لم يُعتَبر ولو كان خارج المذهب.

قال الرصاع: «هل يراعى الخلاف مطلقا كان مذهبيا أم لا؟ وهذا هو التَّحقيق»[٢].

وسئل الشَّيخ عليش عن قول المالكيَّة: العصمة المختلف فيها كالمتَّفق عليها في لحوق الطَّلاق؛ هل مرادهم الخلاف في المذهب وخارجه، وهل يُشترط قوَّة الخلاف؟ فأجاب بقوله: «نعم! مُرادهم الخلاف في المذهب وخارجه، ويشترط قوة دليل المخالف»[٣].

وممَّن نصَّ على ذلك ابنُ ناجي في شرح الرسالة حيث قرَّر أنَّ مراعاة الخلاف تعمّ الخلاف داخل المذهب وخارجه[٤].

الشَّرط الثَّاني: أن لا يؤدّي الأخذُ به إلى ترك المذهب بالكليَّة:

وممَّا اشترطه المالكيَّة في الأخذ بمراعاة الخلاف أنْ لا يلزم من القول به تركُ المذهب بالكليَّة؛ فإذا أدَّت مراعاة الخلاف إلى أن يُترك المذهب في المسألة رأسا امتنع الأخذُ بهذا الأصل.

قال بعضُ القرويِّين من المالكيَّة -وأقرَّه ابنُ عبد السَّلام وابن بشير-: «وشرطُ مراعاة الخلاف عند القائل به أنْ لا يترك المذهب بالكليَّة»[٥].

---

[١] القرافي، شرح التنقيح ٤٤١، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام ٢٣، ٦٨-٦٩، ٧٥-٧٦، ١٢٨-١٣٢، الفروق ٤/٥١.

[٢] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٣.

[٣] عليش، فتح العليّ ١/٦٠.

[٤] ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/٥٠. وانظر مثالا راعى فيه عيسى بنُ دينار خلافَ ابنِ نافع في بعض مسائل العتبيَّة. البيان والتحصيل ١٤/٥٣٩.

[٥] الونشريسي، المعيار المعرب ١٢/٣٨، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

ومثَّلوا لذلك بأنَّ من تزوَّج زواجا مختلفا فيه ومذهبُ ابن القاسم فيه أنَّه فاسد، ثمَّ طلَّق فيه ثالثا-: فابنُ القاسم يُلزمه الطَّلاق فلا يتزوَّجُها إلا بعد زوج، فلو أنَّه تزوَّجها قبل زوج لم يُفسَخ نكاحه؛ لأنَّ التَّفريق حينئذ إنَّما هو لاعتقاد فساد نكاحها، ونكاحُها عنده صحيح وعند المخالف فاسد، ولا يُمكِنُ الإنسان تركُ مذهبه لمراعاة مذهب غيره؛ ذلك أنَّ منعه من تزويجها أوَّلاً إنَّما كان لمراعاة الخلاف، وفسخُ النِّكاح ثانيا لو قيل به لكان للخلاف أيضا، فلو رُوعِيَ الخلاف في الحالين لكان تركا للمذهب بالكليَّة؛ وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به أنْ لا يُترَك المذهب بالكليَّة[1].

هذا؛ وقد أورَدِ مَن تناوَل بحث مراعاة الخلاف بعضَ الشّروط التي لا صِلَة لها بمراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ فبعضُها يجري على الخُروج من الخلاف؛ كاشتراط أنْ لا يُؤدّي الأخذُ بمراعاة الخلاف إلى صورة تُخالف الإجماع[2]، وكاشتراط قيام الشّبهة[3]؛ وبعضُها إنَّما تتعلَّق بمبحث التَّلفيق؛ كاشتراط أن يكون الجمع بين المذاهب مُمكِنا[4]، فهذه شروطٌ لا تتعلَّق ببحثي فلذلك أهملتُها و لم أبحثها في هذا الموضع.

المطلب الرَّابع: المقتضيات المصلحيَّة الموجِبَة لمراعاة الخلاف:

دليلُ المخالف بعد الوُقوع صار عند مالك أقوى من دليله الذي قال به ابتداءً؛ فإنَّ الإمام مالكا رحمه الله إذا رَجَحَ عنده دليلُ المنع من الإقدام مثلا؛ أطلق المنع والتَّحريم ولم يُراع ما خالفه لمرجوحيَّته، وذلك قبل الوقوع فإذا وقع الفعلُ الممنوع وأردنا أن نُرتِّب على المنع آثارَه عارَضَنا بعضُ الأدلَّة التي لم تكُن موجودة في أصل المسألة قبل الوقوع؛ وغالبُ ما تكون القوَّة التي انضافت إلى دليل المخالف هو بعضُ المعاني المصلحيَّة، وفي هذا المطلب سأبحثُ بعض المقتضيات المصلحيَّة التي كانت ملحوظةً في مراعاة الخلاف عند المالكيَّة:

---

[1] البرزلي، نوازل الأحكام ١/١١٣، الونشريسي، المعيار المعرب ١٢/٣٨، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٥-٢٥٦، ميارة، الروض المبهج ٤٥٢، المقري، القواعد رقم٥٤١،

[2] محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ٢٨٨، السنوسي، مراعاة الخلاف ٨١.

[3] السنوسي، مراعاة الخلاف ٨١، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ٣٣٦.

[4] محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيَّة ٢٤٧، محمد الأمين بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ٢٨٢، السنوسي، مراعاة الخلاف ٧٩.

الفرع الأوَّل: مصلحة الإبراء من التَّكليف:

من المقتضيات التي تكون سببا مقويّا لدليل المخالف وموجِبا للعدول عن أصل الدَّليل في المسألة قبل الوقوع؛ مصلحةُ الإبراء من التَّكليف وتغليبُها على شغول الذِّمة به؛ فكثيرٌ من مسائل العبادات التي وَقَعَ فيها خلافٌ بين المذاهب الأخرى ومذهب مالك في عدم إجزائها فإنَّ مذهب مالك فيها أنَّ وقوعَ العبادة على تلك الصِّفة يقَع صحيحا ولا يُطالَبُ بالقضاء؛ تغليبا لإبراء الذِّمة على شغلها.

قال المقَّريّ: «....وأقول: إنَّه يُراعى المشهور، والصَّحيح: قبل الوقوع...توقّيا واحتِرازا، كما في الماء المستعمل، وفي القليل من النَّجاسة على رواية المدنيين، وبعده تبرّءا[1] وإنفاذا؛ كأنَّه وقع عن قضاء أو فُتيا، لا فيما يفسخ من الأقضية، ولا يُتقلَّد من الخلاف، وقد تُستحبّ الإعادة في الوقت ونحوها»[2].

فقد قرَّر المقريّ أنَّ من البواعث على مراعاة الخلاف بعد الوقوع الإبراءَ من التَّكليف وتغليبَه على جانب الشّغل.

ومن الأدلَّة التي دلَّت على تغليب جانب الإبراء والإجزاء دليلُ المنع من إبطال العمل؛ قال الله تعالى: ﴿**ولا تُبطِلُوا أعمالكم**﴾[محمد:٣٣]؛ فإذا وقعت العبادة على الوجه غير الجائز وأردنا أنْ نرتِّب على المنع آثاره من عدم الإجزاء في تلك العبادة، عارضَنا دليلُ المنع من إبطال العمل في العبادات؛ لقوله تعالى: ﴿**ولا تبطلوا أعمالكم**﴾[محمد:٣٣]، فمقتضى دليل المسألة قبل الوُقوع عدم جواز النَّافلة بأربع، لكن لما عارضه دليلُ المنع من إبطال العمل في العبادات ترجَّح دليل المخالف؛ لأنَّ الترجيح يقع بأدنى محرِّك للظَّنّ[3].

الفرع الثَّاني: تلافي الضَّرر:

ومن الأسباب التي تكون موجِبة للعدول عن الدَّليل الأصليّ إلى دليل المخالف-: الضَّررُ الواقع عند البقاء على مُقتضى الدَّليل الأصليّ؛ فيلزم من نُشوء هذا الضَّرر أنْ يُعيد المجتهد النَّظرَ

---

[1] المنجور، شرح المنهج المنتخب ٢٥٤، وميارة، الروض المبهج: تبريا. ٤٥٣.

[2] المقري، القواعد رقم ١٢.

[3] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٩٢/٦.

في أدلَّة المسألة لِمَا تجدَّد فيها من نُشوء الضَّرر؛ فاقتضى العدلُ أنْ لا تُعامل هذه المسألة قبلَ الوُقوع مُعاملةَ ما بعد الوقوع.

قال الشَّاطبيّ مُقرِّراً هذا الأصل: «مَن واقع منهيّا عنه فقد يكون فيما يترتَّبُ عليه من الأحكام زائدٌ على ما ينبغي بحكم التَّبعيَّة لا بحكم الأصالة، أو مؤدّ إلى أمر أشدَّ عليه من مُقتَضى النَّهي؛ فيترك وما فعل من ذلك، أو نُجيز ما وقع من الفساد على وجهٍ يليق بالعدل؛ نظرا إلى أنَّ ذلك الواقع واقَعَ المكلَّفُ فيه دليلاً على الجملة وإنْ كان مرجوحا؛ فهو راجحٌ بالنِّسبة إلى إبقاء الحالة على ما وَقَعَت عليه؛ لأنَّ ذلك أوْلى من إزالتها مع دخول ضَرَر على الفاعل أشدَّ من مقتضى النَّهي؛ فيرجع الأمرُ إلى أنَّ النَّهي كان دليلُه أقوى قبل الوُقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوُقوع لَّما اقترن من القرائن المرجِّحة»[١].

ومن الأمثلة التي تُجلِّي بَراعَة المالكيَّة في إعمال النَّظر المصلحيِّ في مراعاة الخلاف؛ تقريرُهم لبعض الأنكحة المختلف فيها إذا عُثِرَ عليها بعد الدّخول؛ أمَّا لو وُقِفَ عليها قبل الدّخول لما أُقرَّت؛ لأنَّ عدم الإقرار بعد الدّخول والبناء يُنشِئ ضررا بالغا ممَّا يوجب أن يُنظَر إليه نَظرا مُغايرا لِيُراعَى فيه هذا الضَّررُ الحادث؛ فقالت المالكيَّة بإقرار مثل هذه العقود بعد الدُّخول؛ فللّه دَرُّهم.

قال الشَّاطبيّ: «وإجراؤهم النِّكاح الفاسد مجرى الصَّحيح في هذه الأحكام وفي حُرمة المصاهرة وغير ذلك؛ دليلٌ على الحكم بصحَّته على الجملة؛ وإلاَّ كان في حكم الزِّنا وليس في حكمه باتِّفاق؛ فالنِّكاح المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدّخول؛ مُراعاةً لما يقترِنُ بالدُّخول من الأمور التي ترجِّحُ جانبَ التَّصحيح. وهذا كلُّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه ترتُّب الحكم بالنَّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة تُوازي مفسدةَ النَّهي أو تزيد»[٢].

وفي سِياق هذا النَّمط المصلحيِّ نَرَى أنَّ المالكيَّة يُقرّون بعض الأنكحة بعد الدّخول إذا طال الزَّمان وولدت المرأة الأولاد[٣]؛ فطولُ الزَّمان وولادةُ الأولاد كان الباعثَ لإقرار ذلك

---

[١] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/٢٠٣-٢٠٤.

[٢] المصدر السابق ٤/٢٠٤-٢٠٥.

[٣] كما في نكاح اليتيمة من غير تحقق الشروط المشترطة في ذلك: الدسوقي، الحاشية ٢/٢٢٤، عليش، منح الجليل ٣/٣٠١، وانظر الأنكحة التي تفوت بعد طول مدَّة الدُّخول وولادة الأولاد في: النَّظائر لأبي عمران الفاسي ٩٩.

النَّوع من الأنكحة. والحقيقةُ أنَّ الباعِث كما هو لائح للنَّاظر كونُ التَّفريق وعدم الإقرار بعد طول زمان النِّكاح وولادة الأولاد ممَّا ينبعث منه الضَّررُ البالغ الذي ليس بخاف ولا مختلف فيه؛ فاقتضى هذا الضَّررُ من المالكيَّة أن يُقرّوا هذا النوع من الأنكحة جريا على أصلهم العتيد في رعي المصلحة الشَّرعيَّة المعتبرة؛ فلِلّهِ ما أبدعَ هذا الفقه.

ومن المسائل التي يتجلَّى فيها هذا الملحظ مسائلُ البيوع المختلف فيها؛ ففي مذهب مالك ﷺ أنَّ البيوع المختلف فيها إذا فاتت فإنَّها تقرّ ولا تفسخ[1]؛ ويكون الفوت فيها بأحد أمور هي: حوالة الأسواق في غير الرِّباع، وتلفُ عين المبيع أو نقصانها، وتعلُّق حقِّ الغير به، وطولُ المدَّة من السِّنين نحو العشرين في الشَّجر[2].

والأصل في مذهب مالك أنَّ البيع الفاسد لا يُفيد ملكا؛ لكن هذا الأصل مقيَّد عند المالكيَّة بأنْ لا يجُرَّ إلى ضرر؛ فإنْ جرَّ إلى ضرر فإنَّ دليل الأصل المقتضي لعدم الملك قد عارضته قاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**»؛ فيحمل البيع الفاسدة على وَفق هذه القاعدة[3]؛ وعليه فإنَّ البيوع المختلف فيها بعد الفوات ممَّا يتعلَّق بها الضَّرر في حال عدم إقرارها؛ فأخذَ المالكيَّة بأصل نفي الضَّرر فأقرّوا على أساسه هذه العقود.

الفرع الثالث: الاحتياط للفروج:

ومن المصالح التي يلحظُها المجتهد في مُراعاته للخلاف مصلحةُ حفظ الفروج[4]؛ التي تقتضي أنْ لا تُعامل الأنكحة المختلف فيها معاملةَ الأنكحة الباطلة التي هي في آثارها مثل الزِّنا في عدم ترتّب آثار النِّكاح الصحيح عليها؛ فبمقتضى الاحتياط للفُروج والصون لها أُجرِيَت على النِّكاح الذي أُثِرَ فيه الخلافُ بعضُ الآثار التي تترتَّب على الأنكحة الصَّحيحة بما يكفُل لها مُفارقةَ الأنكحة الباطلة باتِّفاق ومُباينة السِّفاح.

---

[1] المواق، التاج والإكليل ٢٥٦/٦، المواق، الخرشي، شرح مختصر خليل ٨٦/٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٨٨/٢، عليش، منح الجليل ٦٦/٥.

[2] السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٥١٤/٢-٥١٧؛ القرافي، شرح تنقيح الفصول ١٧٥، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٤٧٨ الهامش.

[3] ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٨٩/١.

[4] انظر: عليش، فتح العلي المالك ٥٠/٢،٩.

وهذا ما قرَّره أبو عبد الله الفشتاليّ في جوابه عن إشكالات الشَّاطبيّ؛ حيثُ أبان أنَّ مقتضى الدَّليل الأصليّ أنْ لا يقع الطَّلاق ولا الميراث في نكاح الشِّغار وغيرها ممَّا اختلفوا فيه من الأنكحة، لكن لَّما عارضه دليلُ الاحتياط للفروج في مسألة النِّكاح بعدَ الوُقوع؛ ترجَّح دليل المخالف؛ لأنَّ التَّرجيح يقع بأدنى محرِّك للظَّنّ[1].

والظَّاهر أنَّ المالكيَّة في عمليَّة رعيهم للخلاف يصدُرون من أصلهم في الاحتياط ومراعاة الشّبهة، فحيثما كانت المسألة من شأنها أن يُحتاط لها ويُراعى فيها الشّبهة؛ فإنَّ المالكيَّة يجعلون الخلافَ المعتبر ممَّا شأنُه أن يكون مثيرا للشّبهة وقادحا لها من مكامنها؛ وغالبا ما يكون اتِّقاءُ الشُّبهة بالاحتياط.

مثال ذلك: مسألة نكاح المريض مرض الموت؛ هو نكاح فاسد عند المالكيَّة؛ إلاَّ أنَّهم لّما علِموا بوقوع الاختلاف فيه رتَّبوا عليه بعضَ آثار النِّكاح الصَّحيح لقيام الشُّبهة[2]؛ قال ابن أبي زيد القيروانيُّ في مسألة طلاق المريض: «وأمَّا قوله يفسخ بطلاق؛ فإنَّما احتاط على الزَّوج الثَّاني إنْ تزوجت غيره، وعليها **لما في نكاح المريض من الاختلاف؛ فجَعَلَ بذلك الاختلاف شُبهةً أوجبت الصَّداق بالمسيس وألحق بها الولد، ثمَّ احتاط بإيقاع الطَّلاق في فسخه**؛ إذ لا ضرر يلحق الزوجين في ذلك، إلا ما فيه من الاحتياط لما عَسَى أن يكون في الاختلاف في ذلك من الاحتمال؛ وهذا شأنه رحمه الله أن يميل إلى الاحتياط الذي لا يُغيِّر شيئا من الأحكام، وهذا من توقِّي الشُّبهات»[3].



---

[1] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٩٢/٦.

[2] المواق، التاج والإكليل ٩٠/٥، الحطابن مواهب الجلبل ٤٥٠/٣،النفراوي، الفواكه الدواني ٢١٤.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذاهب مالك ٤٨/ب.

المبحث الثَّاني:

أصلُ مراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ: أدلةُ الحجيَّة، والإشكالات الواردة عليه، ومجالُ إعماله، وعلاقته الأصول الاجتهاديَّة في المذهب

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية مُراعاة الخلاف.

المطلب الثَّاني: الإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف.

المطلب الثَّالث: مجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف.

المطلب الرَّابع: علاقةُ مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في المذهب.

تمهيد:

إذا استبان مفهومُ مُراعاة الخلاف وشُروطُ الأخذ به لزِمَ أنْ أعرِض لأدلَّة مراعاة الخلاف والُمدرك الشَّرعيّ الذي يصدُر عنه؛ ثم أطرق بالبحث والبيان الإشكالاتِ التي بَنَى عليها المعترِضون اعتراضَهم على هذا الأصل؛ وبعدَه آتي على إبراز المجال الذي يكون فيه إعمالُ هذا الأصل، ثمَّ أُقفِّي ذلك ببحث مدَى الارتباط والعلاقة التي تحكُم هذا الأصل مع باقي الأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المطلب الأوَّل: الأدلة الناهضة بحجية مُراعاة الخلاف:

أوَّلا: أدلة الاستحسان:

ممَّا يُمكِنُ أن يُستأنس به في هذا المقام أدلَّةُ الاستحسان؛ خاصّةً وأنَّ بعض أعلامِ المذهب المالكيِّ يجعلون مُراعاة الخلاف من قَبيل الاستحسانِ؛ وقد احتجّ القَبَّابُ في جوابه الثَّاني للشَّاطبيِّ على قُوَّة مراعاة الخلاف بأدلَّة الاستحسان[1]. لكن سَبقَ أنْ تجلَّى مُفارقة مُراعاة الخِلاف للاستحسان في غير ما شيء؛ لكنَّ الأصلين يصدُران عن منطق اجتهاديّ مُشترك؛ وعليه فإنَّ أدلَّة الاستحسان ممَّا يُستأنس بها في هذا المقام.

ثانيا: أدلَّة التَّفريق ما بين ما قبل الوقوع وبين ما بعد الوقوع:

ممَّا يُحتج به لمذهب المالكيَّة في التَّعلق بأصل مراعاة الخلاف أنَّ التَّفريق بين ما قَبْل الوُقوع وما بعد الوُقوع في الآثار ممَّا ثبت -في الجملة- في الشَّرع وفي فتاوى الصَّحابة ﷺ الذين هُم أعلمُ الأُمَّة وأهداها سَبيلا:

فمن الشَّرع:

(١) حديثُ أبي هُريرةَ ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تُزوِّج المرأةُ المرأةَ، ولا تُزوج المرأةُ نفسَها فإنَّ الزَّانية هي التي تُزوِّجُ نفسَها»[2].

---

[1] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/٨٠.

[2] رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: ١٨٨٢، والدارقطني في السنن، كتاب النكاح، ٣/٢٢٧. وصححه الألباني كما في إرواء الغليل رقم: ١٨٤١.

وحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعا: «أيُّما امرأة نكحت بغير إذْن مَواليها فنكاحُها باطل -ثلاث مرّات- فإنْ دَخَلَ بها فالمهرُ لها بما أصاب منها»[١].

فحَكَمَ أوَّلاً ببُطلان العقد وحُرمته وأكدَّه بالتَّكرار ثلاثا وسمَّاه زنا؛ وأقلّ مُقتضياته عدمُ اعتبار هذا العقد جملة؛ لكنَّه ﷺ أردفه بما اقتضى اعتبارَه بعد وُقوعه بقوله ﷺ: «ولها مهرها بما أصاب منها»؛ ومهرُ البغِيِّ حرامٌ[٢].

(٢) عن عائشةَ رضي الله عنها قالت: كان عُتبةُ بنُ أبي وقَّاص عَهِدَ إلى أخيه سعدِ بنِ أبي وقَّاص أنَّ ابنَ وليدة زمعةَ منِّي فاقبضه، قالت: فلمَّا كان عامُ الفتح أَخَذَه سعدُ بنُ أبي وقَّاص؛ وقال: «ابنُ أخي قد عَهِدَ إليَّ فيه» فقام عبدُ بنُ زَمعَةَ فقال: «أخي وابنُ وليدةِ أبي وُلِدَ على فِراشِه فتَسَاوَقَا إلى النَّبيِّ ﷺ؛ فقال سعدٌ: يا رسولَ الله؛ ابنُ أخي كان قد عَهِدَ إليَّ فيه. فقال عبدُ بنُ زمعة: أخي وابنُ وَليدةِ أبي وُلِدَ على فِراشه. فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبدَ بنَ زَمعةَ»؛ ثمَّ قال النَّبيُّ ﷺ: «الوَلَدُ للفراش وللعاهِرِ الحَجَرُ»؛ ثمَّ قال لسودةَ بنتِ زَمعَةَ زوجِ النَّبيِّ ﷺ: «احتجبي منه» لما رَأَى مِنْ شَبَهِه بعُتَبَةَ[٣].

قال ابنُ عرفة: «وصحَّةُ الحديث ودلالتُه على ما قلناه واضحةٌ عندي بعد تأمّل ما قلناه، وفهْم ما قرَّرناه»[٤].

فالحكم الأصليُّ أنَّ الولد للفراش؛ ومُقتضى هذا أنَّ آثار ثبوت الانتساب تثبت كلُّها؛ كالمحرميَّة وجواز إظهار ما يظهر من المحارم؛ إلاَّ النَّبيَّ ﷺ لم يُجرِ على ابن وليدة زمعة كلَّ آثار ثبوت النَّسب؛ فقد أمر سودةَ بنتَ زمعة بالاحتجاب منه؛ لما رأى من شَبهه بعتبة بن أبي وقاص.

---

[١] رواه أبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم: ٢٠٨٣، والترمذي في الجامع، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: ١١٠٢، ورواه ابن حبان في صحيحه، رقم: ٤٠٧٤.

[٢] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/٨٥-٨٨.

[٣] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم: ١٤١٨، والبخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، رقم: ١٩٤٨.

[٤] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/٣٧٩، عليش، فتح العليّ ٢/٦١، الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ١/٤٥٥، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

ومِمَّا أُثر عن الصَّحابة ﷺ في المُغايرة في الحُكم بين ما قبل وُقوع الفعلِ وبينَ ما بعد الوُقوع:

مسألة المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الآخر منهما بتقدم نكاح غيره عليه إلا بعد البناء بها؛ فأفاتها عليه بذلك عمر ومعاوية والحسن رضي الله عنهم ونسب مثله أيضا لعلي رضي الله عنه[1].

ومثل ذلك ما قاله فقهاء الصَّحابة في مسألة امرأة المفقود[2].

وقد تقدَّم بسطُ المسألتين في مبحث الاستحسان؛ فليُنظر ثَمَّ.

وقال القباب بعد ذِكره لمُثل من فتاوى الصَّحابة رضي الله عنهم فرَّقوا فيها بين حالة ما قبل الوُقوع وما بعد الوقوع-: «ومثلُه في قضايا الصَّحابة كثير»[3].

ثالثا: الأخذ بمراعاة الخلاف أخذ بالدليل الراجح والقول به لازم في الدين:

الأخذُ برعي الخلاف ليس فيه اعتبارٌ لصورة الخلاف؛ وإنَّما تَرجع حقيقتُه إلى الأخذ بالدَّليل الرَّاجح في حال وقوع الفعل؛ والأخذُ بالرَّاجح واجبٌ بالإجماع من الأئمَّة المعتبرين[4].

وقال ابن عرفة مبينا مُدرك مراعاة الخلاف: «وأما دليله شرعا فمن وجهين: الأوَّل: وجوب العمل بالراجح؛ وهو مقرَّر في الأصول...»[5].

وعليه؛ فإنَّ الأدلَّة التي دلَّت على تقديم الرَّاجح على المرجوح شاهدةٌ على اعتبار أصل مراعاة الخلاف؛ وكثير من الاعتراضات التي فَوَّقَ بها المنكرون لمراعاة الخلاف على القائلين به كانت ترجع إلى اعتبار هذا الأصل رعيا للخلاف نفسه لا للدَّليل، وأنَّ فيه تركا للدَّليل الرَّاجح من غير مُوجب؛ وهذا ما لا يقول به المالكيَّة على التَّحقيق عندهم.

فالأخذ برعي الخلاف ليس من ترك الدليل الراجح إلى غيره؛ بل إن حقيقته أخذ بالدَّليل الرَّاجح في المحلِّ الذي رجح فيه؛ والتَّرجيح يختلف بحسب المحلِّ وما يَعْلَقُ به من مرجِّحات، فقد يرجّح في ظرف معيّن دليل، ويُرجَّح في ظرف آخرَ الدَّليل المقابل له، لا على أنَّه تركٌ للرَّاجح

---

[1] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٣/٨٠-٨٢.

[2] المصدر السابق ٣/٨٢-٨٣.

[3] المصدر السابق ٣/٨٥.

[4] ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله ٢/٩٠٣-٩٠٤، المقري، القواعد رقم ٤٣٤.

[5] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٦/٣٧٩، عليش، فتح العليّ ٢/٦٠-٦١، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

الأوَّل؛ وإنَّما هو تمسُّك بما احتفَّ بالدَّليل المقابل من أمارات ومرجِّحات جَعَلت هذا الدَّليل هو الرَّاجح في هذا الظَّرف؛ ففي الحقيقة هناك مسألتان لا مسألة واحد: المسألة قبل الوقوع وفيها أدلّة؛ والمسألة بعد الوُقوع وهي مسألة تختلف عن المسألة الأولى؛ لذلك جُدِّد النَّظرُ فيها وفي أدلَّتها؛ فأُخذَ بغير الدَّليل الذي أُخذ به في المسألة الأولى؛ لترجُّح الدَّليل المقابل على الدَّليل الذي اعتُمد في المسألة الأولى.

قال الشَّاطبيّ: «وقد سألتُ عنها (أي: عن مراعاة الخلاف) جماعة من الشّيوخ الذين أدركتُهم:

فمنهم: من تأوَّل العبارة ولم يحملها على ظاهرها، بل أنكر مُقتضاها بناءً على أنَّها لا أصل لها؛ وذلك بأن يكون دليلُ المسألة يقتضي المنعَ ابتداء ويكون هو الرَّاجح، ثمَّ بعد الوقوع يصير الرَّاجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحانَ دليل المخالف؛ فيكون القولُ بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر؛ فالأوَّل فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان فليس جمعا بين متنافيين، ولا قولا بهما معا»[1].

وقال أبو عبد الله الفشتاليّ: «فالإمام مالك رحمه الله إذا ترجَّح عنده دليلُ المنع من الإقدام مثلا؛ أطلق المنع والتَّحريم ولم يراع ما خالفه لمرجوحيَّته، وهذا قبل الوقوع؛ فإذا وقع الفعل الممنوع وأردنا ترتيب آثار المنع من **عدم الإجزاء في العبادات**، و**عدم ترتب آثار العقود عليها في المعاملات**، وجدنا هناك أدلَّةً جديدة نَشَأَت لم تكُن موجودة حال قبل الوُقوع...» [2].

رابعا: تخريج مراعاة الخلاف على أصل اعتبار المآل:

ومن أدلَّة مراعاة الخلاف أصلُ اعتبار المآل؛ فإنَّ هذا الأصل شاهدٌ لمراعاة الخلاف؛ وقد فرَّع الشَّاطبيّ على أصل مراعاة المآلات قواعدَ كان من جملتها قاعدةُ مراعاة الخلاف؛ قال الشَّاطبيّ: «ومنها (أي: ومما يبنى على اعتبار المآلات) قاعدة مراعاة الخلاف»[3].

وتقرير اعتبار المآل في مراعاة الخلاف يكون بما يلي:

---

[1] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/١٥١-١٥٢.

[2] الونشريسي، المعيار المعرب ٦/٣٩٢.

[3] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/٢٠٢.

إنَّ وُقوع المنهيّ عنه أنتج حالَ وقوعه أثرا لم يكُن في الابتداء؛ وكان لهذا الأثر اعتبارٌ في تجديد النَّظر في المسألة بعد الوقوع؛ لوُجوب استئناف الاجتهاد في المسائل التي حصل في تشكيلها وما يحتفّ بها من قرائن وآثار ما تُغاير المسألة المجتهد فيها أوَّلا؛ وإذا تغيرت المسألة وطبيعتها وَجَبَ أن يُجتَهَدَ فيها ويُنظَرَ في الأدلَّة نظرا مستأنفا.

وهذا الأثر في الجملة يكون ضررا حاصلا لمن واقع المنهيَّ عنه المختلفَ فيه؛ وهو أثر زائد على ما يجب بحكم الأصالة فيكون ما آل إليه أمرُ مَن واقع المنهيَّ عنه المختلف فيه أشدّ عليه من مقتضى النَّهي؛ وعليه فإنَّ الجري على مقتضى العدل الذي هو من مباني التَّشريع يوجِبُ أن لا يُحكَم عليه بحكم الدَّليل قبل الوقوع؛ بل يكون هذا الضَّرر الذي لحق به سببا في تقوية الدَّليل الذي قال به المخالف في المسألة الأولى؛ فيُحكم له بحكم الدَّليل الذي رجح بعد وقوع الفعل[1].

والدَّليل على اعتبار الضَّرر بعد الوقوع وتأثيره في حكم المسألة-: جملةُ أحاديثَ شاهدة لهذا التَّأصيل:

الأوَّل: حديث عائشة رضي الله عنها في عزوفه ﷺ عن بناء الكعبة على قواعد إبراهيم[2]، فترك النبي ﷺ إعادة بناء الكعبة لما توقعه من الضرر الذي يحصل عند وقوع البناء؛ فاعتبر مآل الوقوع وجعله مؤثرا في تشكيل حكم المسألة؛ فلئن كان بناء الكعبة من الأمور المطلوبة؛ فإن اعتبار مآل الوقوع نشأ عنه دليل أحال الحكم من الطلب إلى المنع[3].

الثاني: حديثه ﷺ في تركه قتل المنافقين: «لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه»[4]، فامتناع النَّبيّ ﷺ من قتل المنافقين كان لحظا لمآل وقوع الفعل؛ وهو خشية قَالَةِ الزّور في أنَّ محمَّدا يقتل أصحابه؛ فترك النَّبيّ ﷺ قتلَهم لمّا نتج في حال الوقوع من الضَّرر الذي كان له قوَّة في ترجيح الامتناع من الإقدام على قتل المنافقين[5].

---

[1] المصدر السابق ٤/٢٠٣-٢٠٤.

[2] تقدّم تخريجه.

[3] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/٢٠٤.

[4] تقدّم تخريجه.

[5] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/٢٠٤.

الثالث: وحديث البائل في المسجد وقوله ﷺ: «لا تزرموه»[١]؛ فإنَّ النَّبيَّ ﷺ أمر بتركه إلى أنْ يتمَّ بولَه؛ لأنَّه لو قطع بوله لكان فيه تنجيسُ ثيابه، فترجَّح جانبُ تركه على ما فعلَ من المنهيّ عنه على قطعه بما يَدخُل عليه من الضَّررَ[٢].

المطلب الثّاني: الإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف.

بعدَ أنْ تقرَّرت مداركُ المالكيَّة في حجيَّة مراعاة الخلاف آتي على تناول الإشكالات والاعتراضاتِ التي أوردها بعضُ المالكيَّة على هذا الأصل. والإمامُ الذي اعتنى بهذه الإشكالات وحرَّر وجوهَها هو الإمام الشَّاطبيّ؛ فلقد كان من عنايته بها أنْ راسل بعض أئمة المغرب سائلا إيّاهم عن الكشف عمَّا استوقفه في هذا الأصل؛ قال الشَّاطبيّ في "الاعتصام": «ولقد كتبتُ في مسألة مراعاة الخلاف إلى بلاد المغرب وإلى بلاد أفريقية[٣] لإشكال عرض فيها من وجهين»[٤]. وتسمَّى هذه الأسئلة بالأسئلة الغرناطية[٥]، و لم تكُن متضمِّنة فقط لمسألة مراعاة الخلاف؛ بل فيها أسئلة غيرُها.

والملحوظ أنَّ الشَّاطبيّ قد استقرَّ على دفع تلك الإشكالات وتقرير مراعاة الخلاف كأصل؛ بدليل أنَّه تناول مسألة مراعاة الخلاف في كتاب "الموافقات" وأورد أجوبة سديدةً تدفع كلَّ تلك الإشكالات التي راسل بها مَنْ راسَلَ من أهل المغرب؛ بل إنَّه جعل مراعاة الخلاف من القواعد التي تَنبني على اعتبار المآلات.

والإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف إنَّما تجري على منطق مَنْ يُنــزلُ الأدلَّة التَّجريديَّة على النَّوازل من غير اعتبار لخصوصيَّات التنــزيل وما ينشؤ عنه من آثار، أمَّا من كان من منهج اجتهاده لحظُ العوارض حال التَّطبيق واعتبارُ المآلات والنَّظرُ في نتائج الأفعال والتَّصرُّفات؛ فإنَّ الإشكالاتِ الواردةَ على هذا الأصل تهون. وإلى هذا أشار القبّاب في جوابه

---

[١] المصدر السابق ٢٠٤/٤.

[٢] المصدر السابق ٢٠٤/٤.

[٣] قال الونشريسي: «وقد اعتمد هذه المسألة بالتَّحقيق، واعتنى بالسّؤال عنها الشيخ الإمام أبو إسحاقَ الشَّاطبيّ رحمه الله؛ فكتب فيها ابتداء ومراجعة لمن عاصره من علماء فاس وإفريقيَّة؛ بما ضمن البحث فيه كلَّ سديد من الرَّأي، وأصيل من النَّظر. فأجاب الإمام أبو عبد الله بن عرفة رحمه الله...وأجاب الفقيه أبو العبَّاس القبَّاب...». المعيار المعرب ٣٨٧/٦.

[٤] الشَّاطبيّ، الاعتصام ٧٨/٣.

[٥] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٣/١.

للإمام الشَّاطبيّ، وتبعه هو على ذلك وجعل مراعاة الخلاف مما تنبني على اعتبار المآلات. كما أن جواب أبي عبد الله الفشتالي عن أصل الإشكال ممَّا يجري على هذا التَّخريج؛ فالأصل أن يُتَّبع الدَّليل إلاَّ إذا توارَد على بعض المحالِّ أدلّةٌ كليَّة خارجية تقتضي العدول.

وبعدُ؛ فإنِّي سائقٌ في هذا الموضع الإشكالات التي أُورِدت على مراعاة الخلاف، وأُردفُها بالأجوبة السَّديدة عنها:

الإشكال الأول: الخلاف ليس حجَّة:

من الاعتراضات التي أُورِدَت على أصل رعي الخلاف أنَّ الخلاف لا يكون حجَّة في الاستدلال؛ لأنَّ مَنْ راعى الخلاف إنَّما اعتبر الخلاف حجَّة له فيما ذهب وتقلّد من قول؛ والخلافُ لا يكون أبداً حجَّة؛ وإلاَّ لانحلَّت عُرَى الشَّرع كلّه؛ قال أبو عمر بن عبد البر: «الاختلاف ليس بحجَّة عند أحد علمتُه من فقهاء الأمصار؛ إلاَّ مَنْ لا بَصَرَ له ولا معرفة عنده ولا حجَّة في قوله»[١].

الجواب عن الإشكال الأول:

والجواب عن هذا السؤال سهلٌ ليس فيه عَناء؛ لأنَّ هذا الاعتراض إنَّما أُسِّس على تصوُّر خاطئ لمراعاة الخلاف؛ إذ إنَّه صُوِّر على أنَّه أخذٌ بصورة الخلاف نفسه؛ وهذا ليس من مذهب المالكيَّة على التَّحقيق؛ وإنَّما الذي يعتبرُه المالكيَّة كما تقرَّر فيما سبق هو الدَّليل الذي ترجَّح عند المجتهد بعد وُقوع الفعل؛ وإذا استبان أنَّ الاعتراض مُرتكز على تصوُّر خاطئ فإنَّ ما انبنى عليه فهو على شاكلته ومن جنسه؛ قال الرَّصاع: «المُراعى في الحقيقة إنَّما هو الدَّليل لا قول القائل كما حقَّقه الشَّيخ ابن عبد السَّلام في أول شرحه، وكذلك غيرُه»[٢].

الإشكال الثاني: مراعاة الخلاف تركٌ للدَّليل الرَّاجح إلى غيره من غير حجَّة:

---

[١] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ١٢/٣٥، عليش، فتح العليّ ١/٨١.

[٢] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٣.

ومن الاعتراضات التي تقلّدها من ردَّ مُراعاة الخلاف من المالكيَّة أنَّ في الأخذ بهذا الأصل تركاً للدَّليل الرَّاجح؛ وتركُ الرَّاجح إلى غيره من غير حجَّة باطل بالإجماع[١]؛ فما أدَّى إليه فهو باطل.

قال عياض: «القولُ بمراعاة الخلاف لا يعضدُه القياس[٢]، وكيف يَتركُ العالمُ مذهبَه الصَّحيح عنده ويُفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه؛ هذا لا يسوغ له إلاَّ عند عدم التَّرجيح وخوف فوات النَّازلة فيسوغ له التَّقليد ويسقُط عنه التَّكليف في تلك الحادثة[٣]»[٤].

وقال الشَّاطبيّ في إيراده للإشكال: «الدَّليل هو المتَّبع، بحيث ما صار يُصار إليه، ومتى ما ترجَّح للمجتهد أحدُ الدَّليلين على الآخر -ولو بأدنى وجوه التَّرجيح- وَجَبَ التَّعويل عليه وإلغاءُ ما سِواه، على ما هو مقرَّر في الأصول. فإذاً؛ رجوعُه لقول الغير إعمالٌ لدليله المرجوح عنده، وإهمالٌ لدليله الرَّاجح عنده الواجب عليه اتِّباعه؛ وذلك على خلاف القواعد»[٥].

الجواب عن الإشكال الثَّاني:

وهذا الإشكال لا موقعَ له بعد أن بسطنا في مواضع ممَّا سبق حقيقةَ مراعاة الخلاف؛ لأنَّ هذا الاعتراض كان يصدُر عن تصوّر مُبهَم لهذا الأصل؛ إذْ حُسِبَ وظُنَّ أنَّ رَعْيَ الخلاف يكون فيه تركُ الدَّليل الرَّاجح وإهمالُه إلى غيره؛ وهذا لا يصحّ لأنَّ مراعاة الخلاف هو أخذٌ بالدَّليل الرَّاجح عَقِبَ الوُقوع، بعد أنْ كان مرجوحا قبل الوُقوع؛ وانقلابُ الرُّجحان كان بسبب ما ظاهَرَ الدَّليلَ المخالف من أدلَّة عَرَضت لم تكُن في المسألة قبل الوقوع؛ ومن هذا يستبينُ أنَّ أصل مراعاة الخلاف ليس فيه خلاف للقواعد في وُجوب الاستمساك بما رجح من الدَّليل والإعراض عمَّا شال في ميزان التَّرجيح؛ بل إنَّ مُراعاة الخلاف ما هو إلا تثبيتٌ لهذه القاعدة وتأكيدٌ لها في أدق معانيها.

---

[١] قال ابن رشد الجد: «...لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم العالم فيما يرى باجتهاده أنه خطأ، وإنَّما اختلفوا هل له أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويقلد من قد نظر فيها واجتهد أم لا؟ ومذهب مالك الذي تدل عليه مسائله أن ذلك لا يجوز...» البيان والتحصيل ٣٧٣/١٠.

[٢] قال المنجور في شرح المنهج المنتخب: «لما فيها من عدم الجريان على مقتضى الدليل» ٢٥٩.

[٣] أي تكليف الاجتهاد.

[٤] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٦/١٢، عليش، فتح العليّ ٨٢/١.

[٥] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٦٧/٦، الشَّاطبيّ، الاعتصام ٧٨/٣-٧٩، الونشريسي، المعيار المعرب ٣٨٧/٦.

قال ابن عرفة مجيبا عن هذا الاعتراض: «الجواب...أنَّه إعمالٌ لدليله من وجه هو فيه أرجح، ولدليل غيره فيما هو فيه أرجحُ عنده...والعمل بالدَّليلين في كلِّ ما هو فيه أرجحُ ليس إعمالا لأحدهما، وتركاً للآخر بل هو إعمالٌ لهما معا»[١].

وهذا ما قرَّره أبو عبد الله الفشتالي في جوابه للإمام الشَّاطبيّ حيث إنَّه فسَّر حقيقة مراعاة الخلاف: بأنَّ دليل المخالف بعد الوُقوع صار عند مالك ﷺ أقوى من دليله الذي منع به الإقدام ابتداء بدليل مقوّ خارجيّ[٢].

الإشكال الثالث: ما ضابط مراعاة الخلاف؟:

إذا كان مراعاة الخلاف أصلا في المذهب فلِمَ لا يطَّرِدُ في كلّ المسائل؛ فإنَّا نجد أنَّ المالكيَّة لا يعتبرون رعيَ الخلاف في كثير من المسائل؛ ويلزم من هذا أنْ يُبيَّن ما وجهُ الضَّابط الذي يلمحُه المالكيَّة في الأخذ به وعدم الأخذ به[٣].

الجواب عن الإشكال الثالث:

ضابطُ المراعاة للخلاف هو ظُهور القوَّة والرّجحان في الدَّليل الذي تمسَّك به المخالف؛ فإن قوي دليلُه وترجَّح بعد الوُقوع على الدَّليل الأصليِّ للمجتهد أُخِذَ به؛ وإلاَّ بقيَ على أصل دليله.

قال ابن عرفة: «الجواب...أنْ نقول هو حجَّة في موضع دون آخر؛ وضابطه رُجحانُ دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم مقول المخالف؛ كرُجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل ذلك في لازم مدلول دليله، وهو نفيُ الإرث، وثبوتُ الرُّجحان ونفيُه بحسب المجتهد في المسألة؛ فمن هنا كان رعيُ الخلاف في نازلة معمولاً به، وفي نازلة غيرُ معمول به»[٤].

---

[١] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٧٨/٦-٣٧٩.، عليش، فتح العليّ ٦١/٢، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٩.

[٢] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٩٢/٦.

[٣] الونشريسي، المعيار المعرب ٣٦٦/٦-٣٦٧، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٧.

[٤] الونشريسي، المِعيارُ المُعْرِب ٣٧٩/٦؛ عليش، فتح العليّ ٦٠/٢، اللقاني، منار أصول الفتوى ٣٥٨.

المطلب الثّالث: مجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف:

أصلُ مراعاة الخلاف معمولٌ به في المذهب المالكيِّ في غالب أبواب الفقه؛ فلستَ تجِدُ بابا من أبواب الفقه إلاَّ وقد جرى المالكيَّة في بعض مسائله على أصل مراعاة الخلاف؛ فالعبادات والأنكحة والمعاملات؛ كلُّ هذه الأبواب ممَّا قد أعمل المالكيَّة فيها أصلَ مراعاة الخلاف واعتبروه؛ غيرَ أن الذي يُلحظ أنَّ الأسباب الموجبة للأخذ بمراعاة الخلاف في كلٍّ من هذه الأبواب مُتغايرة؛ وليستْ بالمتَّفقة؛ كما سَبَقَ الإلماعُ إليه في بحث المقتضيات المصلحيَّة للأخذ بمُراعاة الخلاف.

أمثلة في العبادات والمعاملات في رعي الخلاف:

فمن مسائل مراعاة الخلاف في أبواب العبادات:

إذا دَخَلَ المصلِّي مع الإمام فى الرّكوع وكبَّر للرُّكوع ناسيا تكبيرَ الإحرام؛ فإنَّ حكمه في مذهب مالك أنْ يتمادى مع الإمام؛ مراعاةً لقول مَنْ قال من أهل العلم إنَّ تكبيرة الرُّكوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام[١].

ومن المسائل كذلك مسألة: قيام المتنفِّل إلى ثالثة وعقدها؛ فإن حكمه في المذهب المالكيِّ أن يُضيف إلى الركعة الثَّالثة ركعة رابعة؛ مُراعاة لقول من يجيز التَّنفُّل بأربع؛ والأصل أنَّ التَّنفل في المذهب لا يصحّ إلاَّ بالركعتين فتلك سنة التنفل؛ لكن لَمَّا أوقع المتنفِّلُ ثلاث ركعات عَدَلَ عن أصل المذهب وأَخَذَ بمذهب مَنْ قال من أهل العلم بجواز التَّنفُّل بالأربع؛ تصحيحاً للعبادات[٢].

ومن أمثلة ما وقع للمالكيَّة في الأنكحة: ما تقدَّم من أنَّ **كلَّ نكاح فاسد اختلف فيه** فإنَّه يثبُت به الميراث ويفتقر فى فسخه إلى الطَّلاق؛ رعيا لخلاف من خالف من أهل العلم[٣].

ومن مسائل المعاملات أنَّ بعض العقود المختلَف في فسادها لا يفسخها المالكيَّة مطلقا؛ وإنَّما يمضونها إذا فاتت؛ تلافيا لمفسدة النَّكث والفسخ بعد الفوات؛ رعيا لمن لم يقل بفسادها من أهل العلم[١]؛ وقد تقدَّم ذلك.

---

[١] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/١٥٠، ابن رشد، المقدمات الممهدات ١/٧٣-٧٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/١٣٣.

[٢] الدردير، الشرح الكبير ١/٢٩٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/٣٤٠، الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/١٥٠.

[٣] الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/١٥٠.

المطلب الرَّابع: علاقةُ مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب:

بعد عرض المباحث المتعلقة بمراعاة الخلاف نأتي على بيان وجه العلاقة بين أصل مراعاة الخلاف وغيره من الأصول الاجتهاديَّة في مذهب مالك؛ وعليه فإن البحث سيتناول علاقة هذا الأصل بـــ: **المصالح، والاستحسان، وسد الذرائع**؛ وقد تقدَّم وجهُ العلاقة بين مراعاة الخلاف والاستحسان في مطلبٍ فائت فلا عبرة بإعادته.

الفرع الأوَّل: المصلحة ومراعاة الخلاف:

أصلُ مراعاة الخلاف من الأصول التي تُوثِّقُ أصل المصلحة في المذهب المالكيِّ؛ فإنَّ الأساس الذي قام عليه هذا الأصل يرجعُ إلى تلمُّح المصالح واعتبارها؛ فالعُدول عن أصل الدَّليل الذي كان راجحا إلى مقتضى دليل المخالف بعد الوقوع في بعض الوجوه إنَّما كان لَّما تلبَّست به المسألة بعد الوقوع من حدوث ضرر بالغ أو فوات مصلحة راجحة؛ فاستدعى نشوء الضَّرر أو فوات المصلحة استئنافَ النَّظر في التَّرجيح بين الأدلة؛ وهذا الاستئنافُ تفصَّى عنه ترجيح دليل المخالف في المسألة قبل الوقوع لَّما كان رفعُ الضَّرر وتحصيلُ الصَّلاح من الأصول القطعية الثَّابتة في الشَّرع، فتقوَّى دليلُ المخالف على دليل أصل المسألة قبل الوُقوع؛ إذْ لا يصحّ في المنطق التَّشريعي الإسلاميّ أن يُتمسَّك بالدَّليل في كلِّ حال حتَّى ولو أفضى هذا التَّمسك إلى مُفارقة العدل ومجانفة المصلحة وهما الأساسان اللذان قام التشريع الإسلامي على اعتبارهما وبناء الأحكام عليهما[٢]. وعليه؛ فإنَّ إعمال أصل مراعاة الخلاف من مظاهر معقوليَّة الاجتهاد التَّطبيقي لملاحظته مآل التَّنـــزيل واعتباره لما تنتُج عنه الأفعال من مصالحَ ومفاسدَ والموازنة بين ذلك.

وقد تقدَّم في المطلب الذي عالجتُ فيه المقتضيات المصلحية التي توجِبُ الأخذ بمراعاة الخلاف-: بسطٌ لرعي جانب المصلحة في أصل مراعاة الخلاف؛ فأغنى ذلك عن إعادته في هذا الموضع.

---

[١] المواق، التاج والإكليل ٦/٢٥٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ٥/٨٦، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/٨٨، عليش، منح الجليل ٥/٦٦، الشَّاطبيّ، الموافقات ٤/١٥٠.

[٢] المصلحة والعدل هما المقصدان الجوهريَّان في التشريع الإسلاميّ؛ انظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ص/١٧٢ وما بعدها.

الفرع الثّاني: مراعاة الخلاف وسدُّ الذرائع:

إنَّ المقارنة بين أصل سد الذرائع وأصل مراعاة الخلاف تُفضي إلى أنَّ هذين الأصلين يجريان على وَفق منطق مشترك؛ وإنْ كان بينهما فروق جوهريَّة سيأتي بيانها.

فالمنطق المشترك بين هذين الأصلين أنَّهما يقومان على أساس اعتبار المآل؛ فقد عدَّ الشَّاطبيّ قاعد سدّ الذَّرائع وقاعدة مراعاة الخلاف من القواعد التي انبنت على أصل اعتبار المآل؛ فالذَّرائع هي تذرّع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعيَّة والمآل غير مشروع[1]؛ فمنع الفعل المتذرَّع به تنــزيلا لحكم الذَّريعة منــزلة حكم المتذرَّع إليه في المآل؛ كذلك فإنَّ مراعاة الخلاف هو نظرٌ إلى ما يؤول إليه ترتُّب الحكم بالنَّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة تُوازي مفسدة النَّهي أو تزيد[2].

أمَّا عن الفروق بين هذين الأصلين فتتمثَّلُ فيما يلي:

أولا: سدُّ الذَّرائع هو منعُ الجائز لإفضائه إلى الممنوع؛ فالحكم المتفصّي عنه يكون ممنوعا؛ أمَّا مراعاة الخلاف فالغالبُ على عكس سدِّ الذَّرائع إذ فيها ترتيبُ آثار ما كان في الأصل ممنوعا؛ فمُراعاة الخلاف يتعلَّق عموما بالتَّجويز في مقابل المنع أو الحكم بالإبراء والإمضاء فيما كان أصلُه ممنوعا بحيث لا يترتَّب عليه إبراءٌ ولا إمضاء.

ثانيا: لا يُشتَرطُ في سدِّ الذَّرائع وُجود خلاف في المسألة؛ وهذا على الضّدّ في أصل مراعاة الخلاف.



[1] الشَّاطبيّ، الموافقات ١٩٨/٤.

[2] المصدر السابق ٢٠٥/٤.

المبحث الثَّالث:

الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكيّ

وسأتناول في هذا المبحث خمسَ مسائلَ جارية على أصل مراعاة الخلاف؛ وهي:

المسألة الأولى: الصَّلاة على جلود الميتة بعد الدَّبغ.

المسألة الثانية: من قام لثالثة في نافلة.

المسألة الثَّالثة: مَنْ نسي الصَّلاة بين كلّ سبوع من طوافه.

المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي.

المسألة الخامسة: أقل الصداق.

المسألة الأولى: الصَّلاة على جلود الميتة بعد الدَّبغ:

جلد الميتة عند المالكيَّة نجِسٌ حتَّى بعد الدِّباغة[١]؛ قال ابنُ رشد: «أكثر أهل العلم يقولون إنَّ جلد الميتة يُطهِّره الدّباغ فيباع ويصلَّى عليه، وهو قول ابن وهب...والمشهور المعلوم من قول مالك أنَّ جلد الميتة لا يطهره الدّباغ، ولا يجوز بيعه وإنْ دُبِغَ، ولا يُصلَّى عليه»[٢].

فيُمنَع المصلِّي من الصَّلاة على جلودها أو الصَّلاة بها؛ غيرَ أنَّه لو صلَّى بها أو عليها لم يُعِد إلاَّ في الوقت استحبابا[٣].

وكان الأصلُ طَرْداً لمقتضى نجاسة الجلد أنْ تكون الصَّلاة باطلة؛ فيُطالب المصلّي بإعادة الصَّلاة أبدا في الوقت وخارجه؛ إلاَّ أنَّ المالكيَّة راعَتْ خلافَ الجمهور من خارج المذهب ومنْ داخله كابنِ وهب في كون جلود الميتة المدبوغة طاهرةً والصَّلاة عليها أو بها جائزة؛ فقالت المالكيَّة بعدم إعادة الصَّلاة بعد الوقت رعيا لخلاف من خالف من أهل العلم.

قال مالك: «لا يُعجِبُني أنْ يُصلّى على جلود الميتة وإن دبغت، ومَنْ صلَّى عليها أعاد ما دام في الوقت»[٤].

المسألة الثانية: من قام لثالثة في نافلة:

مذهب مالك أنَّ التَّنفُّل لا يكون إلاَّ بالرَّكعتين؛ فلا يصحّ التَّنفُّل بالأربع ولا بما زاد على ذلك؛ هذا هو الحكم ابتداء[٥].

لكن مَنْ قام في نفل من اثنتين ساهِياً ولم يعقد ثالثته؛ فالمذهبُ أنَّه إنْ عَقَدَها سَهْواً برفع رأسه من رُكوعها؛ كمل أربعا وجوبا؛ وهذا مُراعاة لخلاف من خالف من أهل العلم في أن التَّنفُّل يقع بالأربع[٦].

---

[١] الحطاب، مواهب الجليل ١/١٠١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/٨٩، الباجي، المنتقى ٣/١٣٤-١٣٥.

[٢] المواق، التاج والإكليل ١/١٤٣.

[٣] الحطاب، مواهب الجليل ١/١٠١.

[٤] المدونة ١/١٨٣.

[٥] الدردير، الشرح الكبير ١/٢٩٦-٢٩٧.

[٦] الدردير، الشرح الكبير ١/٢٩٦، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/٣٤٠.

أمَّا مَنْ قام إلى خامسة عَقَدَها أم لا؛ فعليه أنْ يَرجِعَ إلى الجلوس مُطلقا؛ فإنْ لم يرجِع بَطَلَت صلاتُه. فلم يُراعِ المالكيَّة قولَ مَنْ قال من أهل العلم بجواز التَّنفُّل بما زاد على الأربع[١].

ووَجْهُ الفرق بين القيام إلى الثَّالثة وبين القيام إلى الخامسة أنَّ شرط إعمال مُراعاة الخلاف أنْ يكون قويَّ المُدْرَك؛ فلا يكون شاذّاً ولا ضعيفا والقولُ بجواز التَّنفُّل بأكثر من أربع قولٌ ضعيفُ المُدْرَك عند المالكيَّة بخلاف التَّنفُّل بالأربع؛ قال الدَّردير موجِّها الفرق بين المسألتين: «..بناءً على أنَّه لا يُراعى من الخلاف إلاَّ ما قَوِيَ واشتهر عند الجمهور، والخلافُ في الأربع قَوِيَ بخلافه في غيره»[٢].

المسألة الثَّالثة: مَنْ نسي الصَّلاة بين كلّ سبوع من طوافه:

يُوجِبُ المالكيَّة على مَنْ طاف سُبوعا في الحجّ أنْ يُصلّي ركعتين؛ فإنْ هو شَرَعَ في السّبوع الثَّاني مِنْ غير أنْ يَركع الرَّكعتين عليه قطع هذا الطَّواف لصلاة الرَّكعتين؛ أمَّا إنْ هو أتمّ السُّبوع الثَّاني فإنَّه يعتدّ بهذا السّبوع ولا يُعيده؛ مراعاة لخلاف بعض أهل العلم؛ ثمَّ يُصلِّي لكلِّ سُبوع ركعتين[٣].

قال سُحنون: «قلت لابن القاسم : أرأيتَ رجلا طاف سُبوعا فلم يركَع الرَّكعتين حتَّى دخل في سبوع آخر؟ قال: قال مالك: يقطع الطَّواف الثَّاني ويُصلّي الرَّكعتين، قلت: فإنْ هو لم يصلّ الرَّكعتين حتَّى طاف بالبيت سبوعا تامًّا من بعد سبوعه الأوَّل أَيُصلِّي لكلِّ سبوع ركعتين؟ قال: نعم، يُصلِّي ركعتين لكلِّ سُبوع ركعتين؛ **لأنه أمر قد اختلف فيه**»[٤].

المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي:

المعلوم في مذهب المالكيَّة أنَّ النِّكاح بدون وليٍّ نكاحٌ فاسِدٌ؛ بحيث يُفسَخُ قبل الدُّخول وبعده[٥]؛ والاقتضاءُ الأصليّ للفسخ والبُطلان هو عدمُ ترتُّب آثاره عليه من ميراث ونشر للمحرميَّة؛ وأنَّ الفسخ لا يكون بطلاق. ومعنى وُقوع المحرميَّة به أنَّ المرأة التي بَنَى بها بالنّكاح

---

[١] الدردير، الشرح الكبير ٢٩٧/١، الخرشي، شرح مختصر خليل ٣٤٠/١.

[٢] الدردير، الشرح الكبير ٢٩٧/١.

[٣] النفراوي، الفواكه الدواني ٣٥٩/١.

[٤] سحنون، المدونة ٤٢٦/١.

[٥] أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني ٥٥/٢،

الفاسد تحرم عليه أمّها وابنتها وتحرم هي على آبائه وأبنائه؛ كتحريم النِّكاح الصَّحيح لا أنَّها تحرُم عليه[١].

غيرَ أنَّ المالكيَّة راعَوْا خِلاف أهل العراق في المسألة فقالوا:

إنَّ هذا العقد على فساده تثبُت آثارُه من ميراث ونشر للمحرميَّة، والفسخُ يكون بطلاق[٢]؛ مراعاةً لمذهب أهل العراق في اعتبار هذا النِّكاح صحيحا لا إشكال فيه.

وفي مذهب المالكيَّة قولٌ مصلحيٌّ بديع مَفاده: أنَّ الدُّخول إذا طالَ زمنُه ووُلِدَ لهما فإنَّهما يُقرَّان على زواجهما؛ نظراً للضرر النَّاشئ بعد الوقوع، لِمَا يترتَّب على هذا النِّكاح من وُلْدٍ وطُول عشرة.

قال القاضي إسماعيل بن إسحاق: «فإنْ نَكَحَت المرأةُ بغير وليٍّ فُسِخَ النِّكاح، فإنْ دَخَلَ وفات الأمرُ بالدُّخول وطول الزَّمن والولادة لم يُفسَخ لأنَّه لا يُفسَخُ من الأحكام إلاَّ الحرام البيِّنُ أو يكون خطأ لا شكَّ فيه؛ فأمَّا ما يجتهد فيه الرَّأي وفيه الاختلافُ فلا يُفسخ... وقال: «ويُشبهُ على مذهب مالك أنْ يكون الدُّخول فوتا وإن لم يَتَطاوَل؛ ولكنَّه احتاطَ في ذلك». قال: «والذي يُشبهُ عندي على مذهب مالك في المرأة إذا تزوَّجت بغير وليّ ثمَّ مات أحدُهما أنَّهما يتوارَثان...وقد ذَكَرَ ابنُ القاسِم عن مالك أنَّه كان يرى بينهما الميراث»[٣].

ومذهب أهل العراق له قوَّة ووَجاهة؛ بحيثُ تعدّ مسألة النِّكاح بدون وليّ من المسائل الشَّهيرة في فقه الخلاف، والتي نافَحَ عنها الحنفيَّة المنافحة القويَّة؛ لذلك نَرَى كيفَ أنَّ المالكيَّة راعَوْا خِلافَهم.

المسألة الخامسة: أقل الصداق:

من الشُّروط المعتبرة في النِّكاح الصَّداقُ؛ وقد حدَّه المالكيَّة بأنْ يكون ربعَ دينار أو ثلاثةَ دراهمَ، فلو أنَّ النِّكاح جَرى على أقلَّ مِن هذا القدر المحدَّد لكان النِّكاح فاسدا؛ وهذا في حال الابتداء[٤]؛ قال مالك في الموطأ: «لا أرى أنْ تُنكَحَ المرأةُ بأقلَّ من ربع دينار»[١].

---

[١] المصدر السابق.

[٢] المصدر السابق.

[٣] ابن عبد البر، الاستذكار ٥/٣٩٥، وانظر: شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية ٤٤٧.

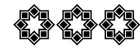
[٤] المواق، التاج والإكليل ٥/١٨٦-١٨٧، الحطاب، مواهب الجليل ٣/٥٠٨، الباجي، المنتقى ٣/٢٨٩.

أمَّا من تزوَّج بأقلَّ مِنْ رُبع دينار أو أقلَّ مِنْ ثلاثة دراهمَ فإنَّ المالكيَّة قالوا بفسخ هذا النِّكاح قبل الدُّخول إنْ لم يَرْضَ الزَّوج بإتمام الصَّداق؛ ويكون الفسخُ بالطَّلاق. أمَّا في حال بعدِ الدُّخول؛ فقالت المالكيَّة بأنَّ العقد يثبُت ولا يُفسَخُ ويُجبَرُ الزَّوجُ على إتمام الصَّداق؛ وهذا لأنَّهم راعَوْا خلاف من خالف من أهل العلم في عدم حدِّ الصَّداق بما حدّوه به[2]؛ ووجْهُ الفرق بين الدُّخول وبين عدمه أنَّ الضَّرر الحادث بالدّخول يُستند إليه في تصحيح هذا العقد المختلف فيه.

قال سحنون لابن القاسم: «أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ فقال: أرى النِّكاح جائزا ويبلُغ به ربع دينار إنْ رَضِيَ بذلك الزَّوج، وإن أبى فُسِخَ النِّكاح إن لم يكُن دخل بها؛ وإنْ دَخَلَ بها أكمل لها ربع دينار؛ وليس هذا النِّكاح عندي من نكاح التفويض.

قلت: لم أجزته ؟.

قال: **لاختلاف النَّاس في هذا الصَّداق؛ لأنَّ منهم مَنْ قال ذلك الصَّداق جائز ومنهم من قال لا يجوز...»**[3].



---

[1] مالك، الموطأ ٢/٥٢٧.

[2] الدردير، الشرح الكبير ٢٩٧/١، المواق، التاج والإكليل ١٨٦/٥-١٨٧، الحطاب، مواهب الجليل ٥٠٨/٣.

[3] سحنون، المدونة الكبرى ١٥٢/٢.

الفصل الخامس:

الاستصحابُ في المذهب المالكيّ

وفي هذا الفصل ثلاثة مطالب؛ وهي:

المبحث الأول: الاستصحاب: مفهومه وأنواعه.

المبحث الثاني: الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة في المذهب.

المبحث الثالث: الشَّواهد التطبيقية للاستصحاب في المذهب المالكيّ.

المبحث الأول:

الاستصحاب: مفهومه وأنواعه

وفي هذا المبحث مطلبان؛ وهما:

المطلب الأول: الاستصحاب: تعريفه ومفهومه.

المطلب الثاني: الاستصحاب: أنواعه وأقسامه.

المطلب الأول: الاستصحاب: تعريفه ومفهومه:

الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة:

الاستصحاب استفعال من صَحِبَ؛ فهو طلب للصُّحبة ودعوةٌ إليها؛ يُقال: اسْتَصْحَبَ الرجُلَ: دَعاه إلى الصُّحْبة، ولازَمَه؛ وكلّ ما لازم شيئاً فقد استصحبَه؛ قال شاعرُهم:

إنّ لك الفَضْلَ على صُحْبَتي والمِسْكُ قدْ يَسْتَصْحِبُ الرّامِك

وأَصْحَبْتُه الشَّيءَ: جعلته له صاحباً، واستصحبتُه الكتاب وغيره[1].

فالاستصحاب يَحمِلُ معنى الملازمة والمصاحبة؛ وكذلك الاستصحابُ في معناه الاصطلاحيّ هو مُلازَمَةٌ للحكم الماضي في الحاضر وعدمُ مُفارقته إلى غيره.

الفرع الثّاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحا:

قال القَرافيُّ في تعريف الاستصحاب: «الاستصحاب معناه: **اعتقاد كون الشَّيء في الماضي أو الحاضر يوجِبُ ظنَّ ثبوته في الحال أو الاستقبال**»[2].

فمعنى الاستصحاب أنْ يُعتَقَد أنَّ الشَّيء في الماضي إذا كان ثابتا أو معدوما فهو كذلك في الحاضر على الهيئة التي كان عليها في الماضي؛ والشَّأنُ نفسه في الشَّيء الثَّابت في الحاضر فإنَّه يُعتَقَد على سبيل الظنِّ أنَّه غيرُ زائل في المستقبل؛ إلاَّ إذا وُقِفَ على دليل يرجِع به إلى غيره.

وتعريفُ القَرافيّ شمل السَّلب والإيجاب؛ أعني أنَّ الشَّيء المستصحب قد يكون إثباتا لشيء، كما قد يكون نفيا لشيء.

والذي يدُلُّ عليه تعريف القَرافيِّ أنَّ مرتبة العلم باستصحاب المستصحب هي الظَّنّ؛ فالاستصحاب لا يُفيدُ قطعا في بقاء الشَّيء المستصحب، وإنَّما مفيدا ظنّا لذلك؛ لاحتمال وُرود ما يُخرِجُ الشَّيء عن الحال السَّابقة إلى غيرها؛ وما دام الاحتمالُ قائما فإنَّ القطع مرفوع.

وقد يُعتَرَضُ على هذا التَّعريف بأنَّ الأصل في الاستصحاب أنْ يكون استصحابا للحُكْم الشَّرعيِّ لا لمطلق الشَّيء كما يُعطيه تعريف القَرافي. ويُجاب عن هذا الاعتراض: بأنَّ من أهمِّ

---

[1] الزبيدي، تاج العروس ١٨٦/٣.

[2] القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٧.

أنواع الاستصحاب البراءةُ الأصليَّة أو ما يُسمَّى كذلك بالعدم الأصليّ؛ والحكمُ المستفاد من هذا العَدَم ليس ممَّا يُخلَع عليه لقبُ الحكم الشَّرعيّ؛ لأنَّ ثبوته لم يكُن بالخطاب الشَّرعيّ؛ وإنَّما استُفيد بحكم العقل فلا يكون بذلك حكما شرعيّا.

ولنْ أُطيل في عرض تعريفات المالكيَّة للاستصحاب؛ إذْ هُم متَّفقون على حقيقته؛ فكان استجلابُ تعريفاتهم وشرحُها والاعتراضُ عليها ممَّا لا كبيرَ فائدة ترجعُ على البحث.

ومعلومٌ أنَّ أصل الاستصحاب هو آخرُ مدار الفتوى[1]؛ فليس يُلجَأ إلى هذا الأصل إلاَّ بعدَ استفراغ الوُسع من المجتهد؛ بأنْ لا يجد دليلا في المسألة المجتهَد فيها؛ فيأوي حينها إلى أصل الاستصحاب إبقاءً للحال في الحاضر أو المستقبل على ما كانت عليه في الماضي؛ لعدم وُجدانِه للدَّليل المغيِّر.

ونـــزوعُ النَّفس الإنسانيَّة إلى هذا الأصل فطريٌّ ليس يدفعه أحدٌ؛ لأنَّ الإنسان يجد في نفسه أنَّه إذا علم وجودَ الشَّيء في الماضي فإنَّ ظنَّه ينصرِفُ إلى إبقاء حالة الوُجود مستمرَّةً في الحاضر والمستقبل لِمَا لم يكُن ثمت مِنْ مُعارِض يَقطَعُ هذا الظَّنَّ ويرفعُه؛ وكذلك الأمرُ في حال علمه بانتفاء الشَّيء في الماضي فإنَّ الظَّنَّ يتَّجِهُ إلى عدم ذلك الشَّيء في حاضره ومستقبله؛ لعدم وُجدان ما يُعارض هذا الظَّنَّ؛ ثمَّ إنَّ الإنسان يَبني على هذا الظَّنّ المؤسَّس على إبقاء الحال الماضية أعمالا لم يكُن ليقوم بها لولا ظنُّه باستصحاب الحال الماضيَّة[2].

المطلب الثاني: الاستصحاب: أنواعه وأقسامه:

وللاستصحاب أنواعٌ متعدِّدةٌ تدخُل في حقيقته، وبعضُ هذه الأنواع ممَّا وَقَع الإجماع والاتِّفاق على الأخذ بها؛ ومنها ما تعلَّق بها الخلاف واعتوَرَتْهُ أنظارُ المجتهدين قَبولا وردّا؛ وسأتناول في هذا المقام أنواعَ الاستصحاب مُبيِّنا حقيقة كلِّ نوع وممثِّلاً له، وشافِعا ذلك بمذاهبِ أهل العلم في كلِّ نوع:

---

[1] الزركشي، البحر المحيط ١٤/٨، الجويني، البرهان فقرة: ١١٥٨، المشاط، الجواهر الثمينة ص/٢٢٩.

[2] الآمدي، الإحكام ١٣٣/٤-١٣٤، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٤٣/٣.

النَّوع الأوَّل: استصحاب العدم الأصليّ:

استصحاب البراءة الأصليَّة أو ما يُعرَفُ بالعدم الأصليِّ هو: استصحاب انتفاء الأحكام السَّمعيَّة حتَّى يرِدَ الدَّليل النَّاقل [١].

فمضمون البراءة الأصليَّة استمساكٌ ببراءة الذِّمَّة من التَّكاليف وانتفاء الأحكام الشَّرعيَّة التي تُثبِتُ شغل الذِّمة بها.

مثال ذلك: عدم وجوب صوم رَجَب؛ لانتفاء الدَّليل السَّمعيِّ الصَّحيح المقتضي للوجوب والإلزام بهذا التَّكليف؛ فنَفينا وجوبَ هذا الصَّوم أخذا بأصل البراءة الأصليَّة المقتضية لارتفاع التَّكليف وعدمه [٢].

ومثاله كذلك: قولُ المالكيَّة بعدم وجوب صلاة الوِتر؛ لأنَّ الأصل براءةُ الذِّمَّة وطريقُ الوجوب الشَّرعُ؛ وقد طُلِبَ في الشَّرع فلم يوجد مُوجِبٌ، ولو كان لوُجِد مع كثرة البحث والنَّظر، فبَقينا على حكم الأصل في براءة الذِّمَّة من التَّكاليف [٣].

قال الباجيُّ: «وطريق الوجوب الشَّرع وبه علمنا أنَّه لا يجب على المسلمين صلاةٌ سادِسةٌ ولا زكاةٌ غير الزَّكاة المعهودة ولا صومٌ غير رمضان» [٤].

وممَّا يُلحق باستصحاب براءة الذِّمَّة الاستدلالُ بعَدَم الدَّليل في الشَّيء على نفيه؛ وهذا مثل استدلال بعضهم على نفي الزَّكاة في الخضراوات بأنَّه لو كانت الزَّكاة واجبةً في الخضروات لكان عليها دليلٌ؛ ولو كان عليها دليلٌ لعرفناه مع البحث؛ فلمَّا لم يُعرف دلَّ على أنَّه لا دليلَ فيه؛ فوَجَب أن لا يجب؛ قال الباجيّ: «وهذا إنَّما هو استدلال باستصحاب الحال في براءة الذمة» [٥].

قال الباجي: «وهذا دليل صحيح قد قال به جمهور الفقهاء» [٦].

---

[١] الباجي، الإشارة ٣٢٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٢٥-٤٢٦، العلوي، نشر البنود ٢/١٦٤، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٢٩.

[٢] العلوي، نشر البنود ٢/١٦٤-١٦٥، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٢٩.

[٣] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦، الإشارة ٣٢٣.

[٤] الباجي، إحكام الفصول: فقرة ٧٥٦، الإشارة ٣٢٣.

[٥] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦١.

[٦] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧.

قال أبو الطَّيِّب : «وهذا حجَّة بالإجماع؛ أي من القائلين بأنَّه لا حكم قبل الشَّرع»[١].

النَّوع الثَّاني: **استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثُبوته لوُجود سببه:**

استصحابُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته؛ كالملك عند جَريان القول المقتضي له، وشغل الذِّمَّة عند جريان مايُثبت شغلها من إتلاف أو التزام، ودوامُ حلِّ النِّكاح في المنكوحة بعد تقرُّر النِّكاح وثبوت العصمة فيه؛ فالأصلُ أنْ يُحكَم باستمرار الملك حتَّى تقوم البيِّنة على انتفائه، ويُقضى ببقاء العصمة حتَّى يُعلم انبتاتُها، وببقاء الذِّمَّة مشغولةً بالشَّيء الملتزم به وبقيمة ما أتلفت إلى أن تثبُت براءتُها بإقرار أو بيِّنة[٢].

وقد ادُّعِيَ في هذا النَّوع الاتِّفاقُ وانتفاءُ الخلاف فيه؛ قال الزركشي: «وهذا لا خلاف في وجوب العمل به ، إلى أن يثبت معارض له»[٣].

ولكن التَّحقيق أنَّ في هذا النَّوع خلافا؛ فالجمهورُ على الاحتجاج به؛ وخالف الحنفيَّة فقالوا بأنَّ هذا النَّوع من الاستصحاب حجَّة في الدفع دون الإثبات[٤].

النَّوع الثَّالث: **استصحاب مُقتَضَى العُموم والنَّصّ:**

ومفهوم هذا الاستصحاب أنْ يُستصحب العُمومُ والنَّصُّ الشَّرعيَّان إلى أنْ يرِدَ دليل التَّخصيص أو النَّسخ[٥].

وليس خافٍ أنَّ عدَّ هذا النَّوع في أنواع الاستصحاب فيه تجوّز غيرُ مرْضِيّ؛ لأنَّ الحكم إنَّما هو مستنِدٌ إلى الدَّليل لا إلى الاستصحاب؛ وقد اعترض كثيرٌ من أهل الأصول على عدّ ذلك من أنواع الاستصحاب كالباجي[٦] والأبياري[٧] وغيرهما[١]؛ قال الباجيُّ بعد أن نَقَلَ عن

---

[١] الزركشي، البحر المحيط ١٨/٨.

[٢] ابن رشيق، لباب المحصول ٤٢٧/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ص/٢٣٠، العلوي، نشر البنود ١٦٥/٢، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٤٥/٣-٤٦.

[٣] الزركشي، البحر المحيط ١٨/٨.

[٤] ابن أمير حاج، التَّقرير والتَّحبير ٢٩٠/٣، البخاري، كشف الأسرار ٤٠٧/٣-٤٠٨.

[٥] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ص/٤٠٢، المشَّاط، الجواهر الثمينة ص/٢٣٠، العلوي، نشر البنود ١٦٥/٢، ابن رشيق، لباب المحصول ٤٢٧/٢.

[٦] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦٠.

[٧] حلولو، التوضيح شرح التنقيح، العلوي، نشر البنود ١٦٥/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣٠.

بعضهم إلحاقَ استصحاب حال العُموم بأنواع الاستصحاب-: «وهذا ليس من استصحاب الحال؛ وإنَّما هو استدلال بعموم اللَّفظ»[٢]، وقال العلويُّ: «وأمَّا استصحاب العموم والنَّصّ إلى أن يوجد مخصِّص أو ناسخ فليسا من الاستصحاب بحال؛ لأنَّ الحكم مستند إلى الدَّليل لا إلى الاستصحاب؛ قاله الأبياريّ وإمام الحرمين»[٣].

النَّوع الرَّابع: **استصحاب حكم الإجماع**:

وهو أنْ يكون الأمر بحالة ويُجمَع فيه على حكم، ثمَّ يتغيَّر إلى حالة أُخْرَى، فيُستصحب حكم الإجماع في الأمر بعد تغيُّره حتَّى يقوم الدَّليل على أنَّ له حُكما غير ما انعقد عليه الإجماع[٤].

مثاله: استدلالُ مَنْ يقول إنَّ المتيمِّم إذا رأى الماءَ في أثناء صلاته لا تبطل صلاتُه-: بأنَّ الإجماع مُنعقِدٌ على صحَّتها قبل ذلك؛ فاستُصحب حكمُ الصِّحَّة وهو مُجمَعٌ عليه في المسألة محلِّ النـــزاع إلى أن يرِدَ دليلٌ على أنَّ رؤية الماء مُبطلة[٥].

وهذا النَّوعُ من الاستصحاب محلٌّ خلاف بين الأصوليين:

فأكثرُ الأصوليِّين على عدم الاعتداد به[٦]؛ وخالف البعضُ كداودَ الظَّاهريِّ والمُزَنيِّ وأبي بكر الصَّيرفيّ وابنِ سُرَيْج[٧] والآمديِّ[٨]؛ فقالوا بحجّيته وصُلوحيَّته للاستدلال.

ورَدُّ هذا النَّوع من الاستصحاب أقوى في العِبْرَة، وأمتنُ في الحجَّة.

---

[١] الجويني، البرهان فقرة:١١٥٩.

[٢] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة٦٠.

[٣] العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ٢/١٦٥.

[٤] ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٢٧، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣١، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/٤٧.

[٥] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣١.

[٦] الزركشي، البحر المحيط ٨/٢٠.

[٧] الزركشي، البحر المحيط ٨/٢٠.

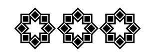
[٨] الآمدي، الإحكام ٤/١٤١.

الاستصحاب المقلوب:

وممَّا أُلحق بأنواع الاستصحاب ما يُعرَفُ بالاستصحاب المقلوب؛ وهو يصلُح أن يكون قسيما للاستصحاب؛ ويُسمِّيه البعض بمعكوس الاستصحاب؛ وحقيقتُه أنَّه إثباتُ أمر في الزَّمن الماضي لثبوته في الزَّمن الحاضر[١].

وعرَّفه العدويّ المالكيّ بقوله: « الاستصحاب المعكوس هو: انسِحابُ وجود الشَّيء على ما قبله فيما مَضَى حتَّى ينتهي ويتبيَّن أنَّه لم يكُن منه؛ وأمَّا غير المعكوس وهو المستقيم فهو انسحابُه على ما بعده في المستقبل حتَّى يتبيَّن ما يقطعُه»[٢].

ومن أمثلة هذا النَّوع: قول بعض القرويِّين والأندلسيِّين من المالكيَّة أنَّ الحبس إذا جُهل مصرفُه، ووُجِدَ على حاله فإنَّه يجري عليها؛ ورأوا أنَّ إجراءه على هذه الحالة دليلٌ على أنَّه كان كذلك في الأصل[٣].



---

[١] العلوي، نشر البنود ٢/١٦٥، المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ٢٣٣.

[٢] العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣/٢٤٣.

[٣] حلولو، التوضيح شرح التنقيح ، المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٣٣، العلوي، نشر البنود ١٦٦، محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٤٧.

المبحث الثاني:

الاستصحاب في المذهب المالكي: حجيته، وأدلَّةُ اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: حجيَّة الاستصحاب في المذهب المالكي.

المطلب الثاني: دليل حجية الاستصحاب.

المطلب الثَّالث: صلة الاستصحاب بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب.

المطلب الأول: حجيَّة الاستصحاب في المذهب المالكي:

قال ابنُ رشد في بعض فتاويه: «وهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصل من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام»[١].

وقال الدّسوقي: «ومن قواعد المذهب استصحاب الأصل»[٢].

فأصل الاستصحاب من الأصول التي بنى المالكيَّةُ عليها فقهَهم وفرَّعوا على وَفقها كثيرا من فروعهم ومسائلهم؛ ولمّا كان الاستصحاب أنواعا مُختلفة؛ منها المتَّفق عليه، ومنها التي عَرَضَ فيها اختلافٌ بين أهل العلم؛ لزِمَ أنْ أعرض كلَّ نوع من أنواع الاستصحاب وأبحثَ فيه عن مذهب المالكيَّة في الاعتماد عليه والتَّعلق به، مشفوعا ذلك بالأمثلة التي تُنبِئُ عن إثبات النِّسبة إليهم أو الانتفاء منها.

والذي تحصَّل من أنواع الاستصحاب كما مرَّ ثلاثة أنواع:

النَّوع الأول: استصحاب البراءة الأصليَّة أو العدم الأصليّ.

النَّوع الثاني: استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثبوته ودوامه لوُجود سببه.

النَّوع الثَّالث: استصحاب حال الإجماع.

كما أنِّي سأطرق بالتّبع والعرض قسيمَ الاستصحابِ المستقيمِ وهو الاستصحابُ المقلوب.

النّوع الأول: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي:

الأخذ بالبراءة الأصليَّة من الأصول الثَّابة قطعا في مذهب مالك؛ وكتبُ الفقه مليئةٌ بالتَّعليل بهذا الأصل والاحتجاج به بحيثُ يُعطي للنَّاظر حُكمَ القطع باعتبار هذا الأصل في المذهب المالكيِّ.

قال القاضي أبو الوليد الباجيّ: «اعلم أنَّ حكم استصحاب حالِ العقل دليلٌ صحيح، وبهذا قال جمور العلماء...وهو عندنا القسم الثالث[١] من الأدلَّة الشَّرعيَّة»[٢].

---

[١] ابن رشد، المسائل ١/٥٢٧، الحطاب، مواهب الجليل ٤/٢٠٣.

[٢] الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٤٥.

وقال ابن العربيّ: «وأمّا استصحاب حال العقل فهو دليل صحيح...والمحقّقون كلّهم متّفقون على أنّ هذا دليلٌ شرعيّ؛ إلاّ جماعة يسيرة وهمت...ولا خِلاف في ذلك بين العُقلاء»[٣].

وقال ابنُ رشد في شرحه لبعض مسائل المستخرجة: «...فإنّ الذِّمّة بريّةٌ ولا ينبغي أنْ يثبت فيها شيء إلاّ بيقين»[٤].

وقال القرافي: «الأصل ببراءة الذمّة...لأنّ الإنسان وُلدَ بريئا من الحقوق كلِّها، فإذا خطر ببال أنّ ذمّته اشتغلت بحق الله تعالى أو للخلق أو لم تشتغل و لم يقم دليل على شيء من ذلك كان احتمال عدم الشغل راجحا على احتمال الشغل في العقل»[٥].

وقال المنجور: «الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف وعمارة الذمة»[٦].

وخالف من المالكية في عدم عدِّ الاستصحاب دليلا أبو تمام البصري[٧]؛ وهو اختيارٌ منه.

مثاله: دليل قول المالكيّة في أنّ الوتر ليس واجبا وأنّ المضمضة والاستنشاقَ لا يجبان في غسل الجنابة؛ لأنّ الأصل براءةُ الذِّمّة وفراغ السّاحة من الإلزام، وطريقُ اشتغالها الشّرعُ، وليس في الشّرع بعد التّتبُّع دليلٌ على وجوب الوتر والمضمضة والاستنشاق ولو كان لوُجد مع كثرة البحث والنّظر، فالذي يدّعي أنّ الوتر واجبٌ وأنّ المضمضة والاستنشاق يجبان في غسل الجنابة عليه الدّليل النّاقل من أصل البراءة الأصليّة[٨].

---

[١] لأنّ أدلّة الشّرع عند الباجي وغيره من أهل العلم ثلاثة أقسام: الأوّل: أصلٌ وهو الكتاب والسّنة والإجماع؛ والثّاني: معقول أصل وهو لحنُ الخطاب وفحوى الخطاب والحصرُ ومعنى الخطاب؛ والثّالث: استصحاب حال. المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ١٩؛ مفتاح الوصل لبناء الفروع على الأصول ٢٩٧.

[٢] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

[٣] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠-١٣١.

[٤] ابن رشد، البيان والتحصيل ١٧١/٥.

[٥] القرافي، نفائس الأصول ١٥٧/١.

[٦] المنجور، شرح المنهج المنتخب ٥٥٣.

[٧] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

[٨] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

وبهذا الدَّليل علمنا أنَّه لا يجب صلاةٌ سادسة ولا زكاة غير الزَّكاة المعهودة ولا صوم غير رمضانَ[١].

النَّوع الثَّاني: **استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته**:

أمَّا استصحاب ما دلَّ الشَّرعُ على ثبوته لوُجود سببه فالمالكيَّة قائلون به ومتَّسِعون في الأخذ به والبناء على مُقتضاه في فروعهم الفقهيَّة؛ قال العلويُّ: «استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثبوته لوجود سببه حجَّةٌ ودليل من الاستدلال، مثل استصحاب ذلك العدم الأصليّ المتقدّم؛ كثبوت الملك لثبوت الشِّراء، وثبوت شغل الذِّمَّة بعد جَرَيان الإتلاف أو الالتزام»[٢].

وقال المقري[٣]: «قاعدة: **الأصل بقاء الشَّيء لمن هو في يده** إلا بدليل؛ لأنَّ الأصل بقاء ما كان على ما كان، فإذا اختلفا في القبض فالقولُ قول البائع في الثَّمن والمبتاع في المثمون،...»[٤].

والمسألة التي أشار إليها المقَّريُّ هي الاختلاف بين البائع والمشتري في القبض؛ فالأصلُ في السِّلعة أنَّها بيد البائع، والأصل في الثَّمن أنَّه في يد المبتاع؛ فيُستصحب هذان الأصلان، فيقبل قول البائع في عدم قبض الثَّمن، ويُقبَلُ قول المبتاع في عدم قبض السِّلعة. ويُستثنى من هذه المسألة إذا كان ثمَّة عرفٌ يقضي بسرعة القبض كاللَّحم مثلا[٥].

فالمالك إن ثبت ملكه للشَّيء استُصحب ما أمكن إلى أن يردَ ما ينقله إلى حال أخرى؛ قال المقري في قواعده: «قاعدة: إذا ثَبَتَ الملك في عين فالأصل استصحابُه بحسب الإمكان...»[٦].

والمالكيَّة يستصحبون ما دلَّ الشَّرع على ثبوته ما أمكن، قال المقَّريُّ: «قاعدة: يجب الاستصحابُ بحسب الإمكان على الأصحّ لأنَّه كالجمع، فإذا أكل المضطر مال الغير ضمن لأنَّ

---

[١] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

[٢] العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ٢/١٦٥.

[٣] راجع المنجور، شرح المنهج المنتخب فقد أفاض في ذكر أمثلة عن هذا النوع من الاستصحاب ٤٨٨-٤٩٠، الونشريسي، إيضاح المسالك ٣٨٦-٣٨٨، السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة ٢/٦٠٠-٦٠٢.

[٤] المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٨٩.

[٥] المواق، التاج والإكليل ٦/٤٧١، الخرشي، شرح خليل ٥/١٩٩، عليش، منح الجليل ٥/٣٢٣، المنجور، شرح المنهج المنتخب ٤٨٩.

[٦] المقري، القواعد رقم ١٠٢٧.

مقتضى الضَّرورة إباحة الأكل والدّفاع عليه لا سقوط القيمة لأنَّ البقاء لا يتوقَّف عليه، ولو اختلط زيتُك بزيته لسقط ملكك على التَّعيين وصار شريكا لك بما يسمَّى زيتا فى المختلط، وليس له نقلك إلى غير المختلط استصحابا للملك بحسب الإمكان، ونظائره كثيرة وهو مذهب مالك ومحمد»[١].

فهذه القاعدةُ تدلُّ على مدى التزام عُموم المالكيَّة بأصل استصحاب ما دلَّ الشَّرعُ على ثبوته؛ إذ إنَّهم يُعمِلون هذا الأصل ما أمكنهم الإعمال ويُجرونَه ما وَسِعَهم الإجراء؛ فقد استصحبوا الملك في مسألة المضطرّ إلى طعام الغير؛ فأثبتوا العوض لأنَّ فيه التزاما بما ثبت في الشَّرع من ثبوت الملك؛ فيستصحب ما أمكن.

النوع الثَّالث: استصحاب حال الإجماع:

أمَّا الاستصحاب بحال الإجماع فقد أُثِرَ خلافٌ بين أهل المذهب؛ فمنهم مَنْ لم يحتجّ به وهم الأكثر، ومنهم من اعتبره واستدلَّ به على بعض الفروع؛ قال ابنُ العربيِّ: «وهذا ممَّا اختلف عليه علماؤنا رحمهم الله؛ فمنهم من قال: إنَّه دليل يُعوَّل عليه؛ ومنهم من قال إنَّه ليس بشيء»[٢].

ومن المالكيَّة الذين أنكروا حجيَّة الاستدلال بهذا النَّوع أبو الوليد الباجيُّ؛ قال: «فهذا غلط في الاستدلال»[٣]؛ وقال في كتاب "المنهاج" في بحثه لدليل الاستصحاب: «وقد يلحق بهذا ما ليس منه وهو **استصحاب حال الإجماع**...فهذا ليس بدليل؛ لأنَّ الإجماع حصل في غير موضع الخلاف، وموضعُ الخلاف لم يقع فيه إجماع»[٤].

ونَسبَه الباجيّ لأكثر المالكيَّة؛ قال: «وذَهَبَ القاضي أبو بكر والقاضي أبو الطيِّب والقاضي أبو جعفر **وأكثرُ النَّاس من المالكيين** والحنفيِّين والشَّافعيِّين إلى أنَّه ليس بدليل»[٥].

وكذلك أنكر هذا الأصل ابنُ العربيِّ؛ فقال بعد أنْ حَكَى الخلاف عن المالكيَّة: «والصَّحيحُ أنَّه ليس بدليل»[١].

---

[١] المقري، القواعد رقم ١١٠٤. وأصل هذه القاعدة للقرافي في الفروق: ١/١٩٥-١٩٦.

[٢] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

[٣] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧، الإشارة ٣٢٤.

[٤] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩.

[٥] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧، وانظر فقرة ٥٠٣.

ونُسِبَ القول بالتَّعويل على هذا الأصل إلى محمَّد بن سحنون؛ قال الباجي: «وإليه ذهب محمَّد بن سحنون من أصحابنا، لا أعلم من أصحابنا مَن قال به غيره»[٢].

وقد وقفتُ على احتجاج ابنِ رشد الجدّ بهذا الأصل في مسألة تزويج الأب ابنتَه البكر البالغة في "البيان والتحصيل"؛ قال ابنُ رشد: «...ومن الحجَّة لمالك أنَّ أهل العلم قد أجمعوا على أنَّه يزوّج ابنته البكر قبل بلوغها دون استئمار؛ فمن ادَّعى أنَّ عليه أنْ يستأمِرَها إذا بَلَغت وَجَبَ عليه الدَّليل. وهذا استدلالٌ باستصحاب حال الإجماع؛ وهو دليل صحيح عندهم»[٣].

وقد حكى ابنُ العربيِّ أنَّ بعض المالكيَّة استدلُّوا بهذا الأصل على عَدَم انتقاض الوُضوء عند رُؤية الماء في الصَّلاة لمن دَخَلَ فيها مُتيمِّما؛ بأنْ قالوا: أجمعنا على أنَّ صلاته صحيحة قبل رؤية الماء؛ فمن ادَّعى أنَّها قد فَسَدت برؤية الماء فعليه الدَّليل[٤].

ومن المسائل التي احتجَّ بها بعض المالكية بأصل استصحاب الإجماع: مسألةُ مَنْ أوصى بوصيَّة فهل له الرُّجوع عنها إنْ كان شرط عدم رجوعه؛ وليس لمالك ولا لمتقدِّمي أصحابه في هذه المسألة نصّ[٥]. وقد اختلف أهلُ المذهب من المتأخِّرين في هذه المسألة: فقال البعض: لا يصحّ له الرُّجوع عن الوصيَّة التزاما بما التزم به من شرط في وصيَّته[٦]؛ ومنهم من قال بأنَّ الرجوع يصحّ؛ واستدلَّ حُلولو وهو من القائلين بعدم لزوم هذا الشَّرط باستصحاب الإجماع؛ قال حلولو: «بالرُّجوع حكمتُ لَمَّا نـــزلت استصحابا لحكم الإجماع السَّابق»[٧]؛ ذلك أنَّ الرُّجوع ثابتٌ في حال عدم اشتراط الرُّجوع ووقع الإجماع عليه، فاستُصحِبَ هذا الحكمُ في حال أخرى وهي حال اشتراط عدم الرُّجوع.

والصَّواب في المسألة أنَّ مذهب المالكية هو عدم الاحتجاج بهذا الأصل بدليل أنَّ غالب المالكيَّة على عدم الاعتداد به ولا التَّعويل عليه؛ حتَّى إنَّ الباجيَّ على سَعَة اطِّلاعه ورُسوخ قدمه في المذهب لم يَعلم أحدا من المالكيَّة قال به إلا محمَّد بن سحنون؛ أمَّا ما أُثِرَ عن ابن رشد وغيره

---

[١] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

[٢] الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٧.

[٣] ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٦٢/٤.

[٤] ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠.

[٥] عليش، منح الجليل ٥١٥/٩.

[٦] المواق، التاج والإكليل ٥٢٢/٨، الحطاب، مواهب الجليل ٣٦٩/٦، عليش، منح الجليل ٥١٥/٩.

[٧] عليش، منح الجليل ٥١٥/٩.

فلعلَّه يُعدُّ اختياراً منهم لا على أنَّه من مذهب مالك؛ لكنْ يُشكل أنَّ الاستدلال لفروع أيِّ مذهب يجب أنْ يكون على وَفق الأصول المعتمدة عندهم؛ فليس صائبا ولا مُستقيما أن يُحتجّ لمسألة في مذهب الشَّافعيّ بعمل أهل المدينة؛ ومعلومٌ أنَّ الشَّافعي من أكثر مَن عارض المالكيَّة على هذا الأصل. وسيأتي في الأدلَّة النَّاهضة بحجيَّة الاستصحاب ضعفُ هذا النَّوع من الاستصحاب ووهاءُ حجَّته.

الاستصحاب المقلوب:

أمَّا الاستصحاب المعكوس فنجد أنَّ المالكيَّة أخذوا به في مواضعَ وتَرَكوا اعتبارَه في مواضع أخرى حتَّى نَسَبَ البساطيُّ إلى المذهب الاضطرابَ في العمل به؛ قال في مسألة لم يَعتبر فيها المالكيَّةُ هذا النَّوع من الاستصحاب-: «ولهم في الاستصحاب المعكوس اضطرابٌ ولم يعتبروه هنا، وسيأتي اعتباره في مواضع»[1].

ومن الأمثلة التي تعلَّقَ فيها المالكيَّةُ بالاستصحاب المقلوب ما لبعض القرويِّين والأندلسيِّين من المالكيَّة أنَّ الوقف إذا جُهِلَ أصلُ مصرفه ووُجد على حالة؛ فإنه يجري عليها، ورأوْا أنَّ إجراءه على هذه الحال دليلٌ على أنَّه كان كذلك في الأصل؛ قال حلولو: «فهذا دليلٌ على أنَّه حجَّة عندهم»[2].

وكمسألة الزَّوج الذي يغيب عن زوجته دون أنْ يخلِّف لها نفقة، ثمَّ يقدُم فتتقدَّم إليه بطلب ما أنفقت حالَ غيبته، فيزعم أنَّه كان في مدَّة الغياب مُعسِرا، وتُخالفه الزَّوجة فتَّدعي أنَّه كان مُوسِرا؛ فقالوا: إنَّه يُعتبر حال قدومه من إعسار أو يسار وتُستصحَبُ في مدَّة الغيبة، فإنْ كان قدم موسِرا عُدَّ في الغيبة ذا يَسار وقُضِيَ عليه بما تطلُب الزَّوجة من النَّفقة[3]؛ فههنا ثَبَتَ أمر

---

[1] العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٢٤٣/٣.

[2] العلوي، نشر البنود على مراقي السعود ١٦٦/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣٣، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٤٧/٣.

[3] الباجي، المنتقى ١٢٧/٤. على أن المسألة مما اختلف فيها المالكية فقول ابن الماجشون أنه على الحالة التي خرج عليها، فإن خرج معسرا فهو على ذلك، وإن خرج موسرا فهو على ذلك، وإن لم يعلم على أي حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم البينة بالإعسار؛ وعن ابن كنانة وسحنون أن القول قوله، وعلى المرأة البينة. المنتقى ١٢٧/٤.

وهو يسار الزَّوج في الزَّمن السَّابق وهو زمن الغيبة؛ بناءً على ثُبوته في الزَّمن الحاضر؛ أي: زمن قُدومه بالاستصحاب[1].

ومثال عدم الأخذ به عند المالكيَّة: إذا تنازع الزَّوجان في عيب فرج المرأة بعد صدور العقد بمدَّة؛ فقال الزَّوجُ كان موجودا حالَ العقد فالخيارُ لي في الرَّدّ وعدمِه، وقالت الزَّوجة بل حَدَث بعد العقد فلا خيارَ لك؛ فالقولُ قول المرأة في نفي وُجودِه حال العقد، وسواء كان ذلك الاختلافُ قبل الدُّخول أو بعده[2].

قال البساطيّ: «ولهم في الاستصحاب المعكوس اضطرابٌ و لم يعتبروه هنا»[3] وتفسيرُ عدم اعتبارهم له في هذا الموضع: أنَّ ثُبوتَ العيب في الحال لم يُستصحَب في الماضي لإثبات كونِ العيب كان حالَ العقد؛ فلم يستصحبوا الاستصحابَ المعكوس.

لكنْ ممَّا يُعتَرَضُ على ما ادُّعِيَ من اضطراب المالكيَّة في هذا النَّوع من الاستصحاب-: أنَّ الأخذ به إنَّما يكون في الأحوال التي لا يُعارِضُها دليلٌ أقوى؛ وليس تركُ الاستصحاب المعكوس في مسألة بدليل على عدم الحجيَّة مُطلقا؛ لمكان المعارضة القويَّة؛ لأنَّ الأدلَّة تتَوَارَدُ على المحالِّ ويُنظَرُ في أيِّها أقوى تعلُّقا بها، والأخذ بموجب بعضها لا يدلُّ البتَّة على بُطلان الاحتجاج بغيرها مُطلقا. وفي مسألة العيب: الظَّاهرُ أنَّ الاستصحاب المعكوس عورِضَ بالاستصحاب المستقيم لأنَّ الأصل في المرأة أنَّها بريَّةٌ من الدَّاء؛ لأنَّ العيبَ عارِضٌ وليس أصليّا فكان استصحابُ السَّلامة أوْلى من عطف استصحابِ العيب على الحال الماضية؛ والله أعلم.

المطلب الثَّاني: دليل حجية الاستصحاب:

استدلّوا على حجيَّة **البراءة الأصلية** أو الإباحة العقليَّة بجملة أدلَّة؛ أسُوقُ في هذا المحلِّ بعضاً منها:

١- قال الله تعالى: ﴿**فمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ منْ رَبِّه فانتهَى فلَهُ ما سَلَفَ**﴾[البقرة:٢٧٥]؛ ووجهُ الدَّلالة من الآية أنَّه لَّما نَزَلَ تحريمُ الرِّبا خاف الصَّحابةُ من الأموال التي اكتُسِبَت من الرِّبا

---

[1] محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/٤٦-٤٧.

[2] الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/٢٤٢-٢٤٣.

[3] العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣/٢٤٣.

قبل نُزول التَّحريم؛ فأبانت الآيةُ لهم أنَّ الذي اكتَسَبوه منَ الرِّبا قبلَ التَّحريم جارٍ على البراءة الأصليَّة؛ فلا يلحقُهم إثمٌ ولا لومٌ[1].

٢- وقال الله تعالى: ﴿**وما كانَ اللهُ ليُضِلَّ قَوْماً بعدَ إذْ هَدَاهُم حتَّى يُبَيِّنَ لهُم ما يتَّقُون**﴾[التَّوبة:١١٥]؛ ذلك أنَّ النَّبيَّ ﷺ لَّما استغفر لعمِّه أبي طالبٍ واستغفَرَ الصَّحابةُ لموتاهُم من أهل الشِّرك أنزَلَ الله تعالى قولَه: ﴿**ما كانَ للنَّبيِّ والذينَ آمَنُوا أنْ يَسْتَغفِرُوا للمُشرِكِينَ**﴾[التوبة:١١٣] فندموا على ما كان منهم من الاستغفار؛ فبَيَّنَت الآيةُ أنَّ ذلك كان على البراءة الأصليَّة إذْ لم يرِدْ تحريمٌ إذاك؛ فلا يَعْلَقُ بهم إثمٌ ولا عَتبٌ حتَّى يُبيِّنَ لهم الله ما يتَّقُونَه كالاستغفار لهم مثلا[2].

واستدلّوا على حجية النوع الثاني من الاستصحاب وهو **استصحاب ما دلّ الشَّرع على ثبوته** بأدلَّة منها:

١- الثَّابتُ عند العُقلاء أنَّهم إذا تحقَّقوا من وجود الشَّيء وثبوته أو انتفائه وعدمه، وكان لهذا الشَّيء أحكام خاصَّة به-: أنَّهم يَحكُمون بها ويَجرُون على مقتضاها في مستقبل الزَّمان؛ سواءٌ أكان ذلك في الوجود أو العدم. فالعُقلاء مَثَلا يسوِّغون مُراسَلَة مَنْ علِمُوا في الزَّمن الماضي وُجودَه، ويَستجيزون إرسالَ الوَدائع وإنفاذَها؛ إلى غير ذلك من الأمثلة التي تَستَنِدُ إلى إعطاء الزَّمن الحالي أو المستقبلي الحكمَ الذي كان موجودا في الماضي إثباتا أو نفيا[3].

٢- ممَّا احتجُّوا به أنَّ ظنَّ البقاء أرجحُ من ظنِّ التَّغيُّر؛ قال الآمديّ: «ظنُّ البقاء أغلبُ من ظنِّ التَّغير؛ وذلك لأنَّ الباقي لا يتوقَّف على أكثر من وُجود الزَّمان المستقبل ومقارنة ذلك الباقي له كان وُجودا أو عَدَما. وأمَّا التَّغيُّر فمتوقِّفٌ على ثلاثة أُمُور وجود الزَّمان المستقبل؛ وتبدُّل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود؛ ومُقارنَةُ ذلك الوجود أو العدم لذلك الزَّمان. ولا يَخفَى أنَّ تحقُّق ما يتوقَّف على أمرين لا غير أغلبُ ممَّا يتوقَّفُ على ذينك الأمرين وثالث غيرهما»[4].

أمَّا **استصحاب الإجماع** فقد استدلَّ من نَفَاه من المالكيَّة -وهو المعتمَدُ عندهم- بما يأتي:

---

[1] الشنقيطي، المذكر في أصول الفقه ٢٨٦.

[2] الشنقيطي، المذكرة في أصول الفقه ٢٨٦-٢٨٧.

[3] الآمدي، الإحكام ٤/١٣٣-١٣٤، الرهوني، تحفة المسؤول ٤/٢٢٦.

[4] الآمدي، الإحكام ٤/١٣٤.

أوَّلا: الإجماع الذي كان دليلا على الحكم قد زال وارتَفَع في محلِّ الخلاف؛ لأنَّ محلَّ الخلاف هو غير محلّ الاتِّفاق فلم يكن الإجماع مُتناولا لمحلّ الخلاف لتغيُّر المحلّ؛ وعليه وَجَبَ تطلُّب دليل آخرَ[١].

ثانيا: القول باستصحاب الإجماع في محلّ الخلاف يؤدِّي إلى التَّكافؤ؛ بيانُه: أنَّه ما من أحد يستصحب حال الإجماع في شيء إلاَّ ولخصمه أن يستصحبه في مُقابله؛ فمثلا في مسألة التَّيمُّم فإنَّ للمخالف أنْ يقول: أجمعنا على بُطلان التَّيمُّم برؤية الماء خارج الصَّلاة فنستصحبه برؤيته فيها، وتغيُّر الأحوال لا عِبْرَةَ به[٢].

أمَّا **الاستصحاب المعكوس** فقد استُدلَّ لحجيَّته: بأنَّه لو لم يكُن الحكمُ الثَّابتُ الآن ثابتا أمسِ لكان غيرَ ثابت أمسِ؛ إذْ لا واسطة بين الثُّبوت وعدمِه، وإذا كان غيرَ ثابت أمسِ اقتضى الاستصحابُ أنَّه يكون الآن غيرَ ثابت؛ لكنَّه ثابتٌ الآن؛ فدلَّ على أنَّه كان ثابتا أمسِ أيضا[٣].

المطلب الثَّالث: صلة الاستصحاب بالأصول الاجتهاديَّة للمذهب:

إنَّ النَّظر في الصِّلة بين البراءة الأصليَّة والأدلَّة الاجتهاديَّة عند المالكية يُفضي إلى أنْ لا صلةَ بين البراءة الأصليَّة وبين الأدلَّة الاجتهاديَّة الأخرى؛ ذلك أنَّ منشأ اعتبار البراءة الأصليَّة هو العقل؛ فالحكمُ المستفاد من البراءة الأصليَّة حكم عقليّ أفاده العقل ودلَّ عليه؛ وهذا على الضّدّ في الأدلَّة التَّشريعيَّة الأخرى فإنَّ مرجع الاعتبار فيها هو الشَّرع؛ إمَّا بنصوصه الجزئيَّة أو بقواعده الكليَّة المستقرأة من تفاريق الشَّريعة؛ وعليه فإنَّ أوَّل فارق بين البراءة وغيرها من الأدلَّة هو منشأ الاعتبار؛ ولا يُلجأ إلى دليل البراءة إلاَّ بعدَ الإياس من وُجْدان دليل للمسألة محلّ النَّظر؛ فهو آخر مدارِ الفتوى كما تقدَّم.

وممَّا يُذكَرُ في هذا المقام أنَّ الفارِق بين المصالح المرسلة وبين الاستحسان هو النَّظر إلى الحكم قبل إعمال أحد هذين الدَّليلن؛ فإن كان الحكم عقليّا ثابتا بالبراءة الأصليَّة فهو استدلال مرسل؛ أمَّا إنْ كان الحكم شرعيّا ثابتا بدليل من أدلَّة الشَّرع فإنَّ مُفارقة هذا الحكم للمصلحة هو استحسان، وقد يُسمَّى مصلحة مرسلة؛ وعليه فإنَّ الاستدلال المرسل أعمُّ مُطلَقا من

---

[١] الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة ٥٩، الإشارة ٣٢٤، ابن رشيق، لباب المحصول ٤٢٨/٢، الزركشي، البحر المحيط ٢١/٨.

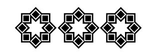
[٢] الزركشي، البحر المحيط ٢١/٨.

[٣] المشاط، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ٢٣٣، العلوي، نشر البنود ١٦٦.

الاستحسان؛ إذْ يختصّ الاستحسان بترك الدَّليل المثبت لحكم شرعيّ في بعض المحالّ، أمَّا الاستدلالُ المرسل فهو يشمل مع ذلك مُفارقةَ حكم البراءة الأصليَّة للمصلحة.

أما النَّوع الثَّاني من الاستصحاب وهو استصحابُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته لوُجود سببه-: فوجهُ العلاقة بينه وبين الأصول الاجتهاديَّة في المذهب أنَّ الحكم المستصحَب كان ثابتا في الابتداء بالشَّرع من أدلَّة سمعيَّة أو أدلَّة اجتهاديَّة راجعة في أصل اعتبارها إلى أدلَّة السَّمع.

ومِنْ وُجوه الفرق بين الاستصحاب بأنواعه وبين الأدلَّة الاجتهاديَّة الأُخرى-: أنَّ مرتبة العلم بالحُكم المستفاد من الاستصحاب لا يكون إلاَّ ظنّا لمكان احتمال وُرُود المُغيِّر، وهذا بخلاف الحكم المستفاد من الأدلَّة الاجتهاديَّة فقد يكون العلم به قطعيًّا وقد يكون ظنّيًا.



المبحث الثّالث:

شواهد اعتبار الاستصحاب في المذهب المالكيّ

وفي هذا المبحث أربع مسائل؛ وهي:

المسألة الأولى: مسائل الانتفاء من التّكاليف.

المسألة الثّانية: عدم الحكم بوجوب الإنفاق على الوالدين من مال الغائب.

المسألة الثّالثة: استصحاب شغل الذِّمّة في التّكليف بالصّلاة لمن شكّ في الحدث.

المسألة الرّابعة: من ادعى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبا.

مسألة الأولى: **مسائل الانتفاء من التكاليف:**

المالكيَّة كثيرا ما يرجِعون إلى نفي مشروعيَّة بعض الأحكام لأصل البراءة الأصليَّة؛ فحيثُ لم يثبت عندهم دليلٌ لإثبات التَّكليف فالأصلُ البقاء على الحكم الأصليِّ وهو براءة الذِّمَّة من التَّكاليف، وعدم شغل الذِّمَّة بها.

مثالُه: زكاةُ الفطر في المذهب المالكيّ إنَّما تجبُ على المسلم عن المسلمين الذين تَجِبُ نفقتُهم عليه؛ فلا يُخرِجُها الرَّجُل عن نصرانيَّة تحته؛ ومن أدلَّة ذلك الاستدلال بالبراءة الأصليَّة[١]؛ قال الباجيُّ: «والأصل براءة الذِّمَّة فيجب استصحابُ ذلك حتَّى يدُلَّ الدَّليلُ على إشغالها بالشَّرع...»[٢].

ومن المسائل التي نَفَى المالكيَّة فيها الوُجوبَ مُستندين إلى البراءة الأصليَّة عدمُ وجوب الأضحية[٣]؛ قال ابنُ العَرَبِيِّ في أحكام القرآن: «تعارَضَت الأدلَّة؛ والأصلُ براءة الذِّمَّة»[٤].

ومن ذلك نفي المالكية أن يكون قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون** ﴾[الحج:٧٧] من عزائم السجود[٥].

وخالف ابن حبيب فقال هي من عزائم السجود، ورواه ابنُ عبد الحكم عن ابن وهب[٦].

ومستند مالك في نفي السجود في هذه الآية هو البقاء على النفي الأصلي من عدم التكليف، ولم يثبت عنده ﷺ ما يدل على أنها من عزائم السجود؛ قال الباجي في المنتقى: «وجه ما قاله مالك أنَّ إثبات السُّجود طريقه الشَّرع والأصلُ براءةُ الذِّمَّة، ولم يثبُت من طريق صحيح فمن ادَّعى ذلك فعليه بيانه»[٧].

---

[١] المواق، التاج والإكليل ٣/٢٦٤، الحطاب، مواهب الجليل ٢/٣٧٠-٣٧١، الباجي، المنتقى ٢/١٨٧.

[٢] الباجي، المنتقى ٢/١٨٧.

[٣] الخرشي، شرح مختصر خليل ٣/٣٣، ابن العربي، أحكام القرآن ٤/٣٩٨.

[٤] ابن العربي، أحكام القرآن ٤/٣٩٨.

[٥] المواق، التاج والإكليل ٢/٣٦١، الباجي، المنتقى ٢/٢٣٤.

[٦] الباجي، المنتقى ٢/٢٣٤.

[٧] الباجي، المنتقى ٢/٢٣٤.

المسألة الثانية: عدم الحكم بوجوب الإنفاق على الوالدين من مال الابن الغائب:

ومن المسائل التي بُنِيَت على اعتبار أصل الاستصحاب مسألةُ الحكم على الرَّجل الغائب بالإنفاق على أبويه من مال له حاضر؛ وقد كان للمالكيَّة فيها رأيٌ صَغَوْا فيه إلى استصحاب الحال.

وقد ذُكِرَ في كتب النَّوازل نازلةٌ مُحصِّلُها: أنَّ رجُلا غاب منذ عشرين عاما، وأثبت أبوه أنَّه فقير عديمٌ وأنَّ لابنه الغائب دارا؛ فدعا أنْ تُباعَ ويُنفق عليه من ثمنها.

فاختلف المفتون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أفتى ابنُ عتَّاب بأنْ لا سبيل إلى بيع هذه الدَّار.

القول الثَّاني: وخالف بعض المالكيَّة فأفتى بأنْ تُباع الدَّار ويُنفَقَ مِنْ ثَمَنها على الأب وزوجته.

ووجه القول الأوَّل: أن نفقة الأبوين قد كانت ساقطة عن الابن، ولا تجِب عليه لهما حتَّى يطلباه بها فيُستصحَب عدمُ وجوب النَّفقة في حال الغيبة؛ فإذا غاب عنهما لم يصحّ أنْ يُحكَم لهما عليه في مغيبه فتُباع عليه في تلك النفقة أملاكه؛ لاحتمال أنْ يكون في ذلك الحين ميّتا أو مستغرقَ الذِّمَّة بالدُّيون ويكون أحقَّ بها من نفقتهما؛ وهذا بخلاف نفقة الزَّوجة؛ لأن نفقة الأبوين ساقطة حتَّى يُعلَمَ وجوبُها بمعرفة حياته وأنَّه لا دين عليه يغترق ماله، أمَّا نفقة الزَّوجة فواجبة فيستصحب وجوبُها حتَّى يُعلم سُقوطُها بمعرفة موته أو استغراق ذمته بالديون[1]؛ قال ابن رشد: «وهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصلٌ من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام ، من ذلك: الفرق بين مَنْ أَكَلَ شاكّا في الفجر أو شاكّا في الغروب؛ والفرقُ بين من أيقنَ بالوضوء وشكّ في الحدَث بعده، وبين من أيقنَ بالحدث وشكّ في الوضوء بعده...ومثل هذا كثير»[2].

---

[1] ابن رشد، المسائل ١/٥٢٦-٥٢٧، الحطاب، مواهب الجليل ٤/٢٠٣.

[2] ابن رشد، المسائل ١/٥٢٦-٥٢٧، الحطاب، مواهب الجليل ٤/٢٠٣.

المسألة الثّالثة: **استصحاب شغل الذِّمَّة في التَّكليف بالصلاة لمن شكّ في الحدث:**

مذهبُ المالكيَّة فيمن تيقَّنَ الطَّهارة ثمَّ شكَّ في الحدث أنَّ عليه الطهارةَ وجوبا[١]؛ وهذا عملا بأصل الاستصحاب:

وتقريرُ ذلك: أنَّ ذمَّة المكلَّف مشغولة بتكليف إيقاع الصَّلاة وأدائها؛ فيُستصَحَبُ يقين شغل الذِّمَّة إلى أن يردَ يقينٌ ناقل لهذا الشّغل يُثبِتُ تبرئة الذِّمَّة من التَّكليف؛ وتأسيسا على هذا فإنَّ الصَّلاة ثابتةٌ في الذِّمَّة بيقين فنَستصحِبُ ما دلَّ الشَّرعُ على ثُبوته؛ فلمَّا عارَض هذا الاستصحابَ شكٌ في الطَّهارة لم يعتبره المالكيَّة لأنَّ يقين شغل الذمة بالتكليف لا يرفعه طهارة مشكوك فيها؛ فوَجَبَ على هذا أن على مَنْ أيقنَ الطَّهارة وشكَّ في الحدث الوُضُوءَ[٢].

المسألة الرّابعة: **من ادعى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبا:**

مَنْ نَكَحَ امرأةً ثمَّ ادَّعى أنَّه ألفاها ثيِّبا بعد أن ابتنى بها؛ لم يُقبَل قولُه وصُدِّقَت بيمين إنْ كانتْ رشيدةً وإلاَّ حلف الأب[٣].

ومُدرَكُ المسألة أنَّ الأصل في المرأة كونُها بكرا من حين نشأتها؛ فيُستصحَبُ هذا الحكم إلى حين الدُّخول بها؛ قال الشَّيخُ محمَّد الخضر الحسين في توجيه ذلك: «لم تُقبَلْ دَعواهُ إلاَّ ببيِّنة؛ لأنَّ حال البَكارة ثابتٌ من حين نَشأتها، فيُستصحَبُ إلى حين البِناء حتَّى تَقُوم على عدمِه البيِّنةُ»[٤].



---

[١] الحطَّاب، مواهب الجليل ١/٣٠١-٣٠٢، الدّسوقيّ، حاشيته على الشَّرح الكبير ١/١٢٢-١٢٣.

[٢] الدّسوقيّ، حاشيته على الشَّرح الكبير ١/١٢٢-١٢٣.

[٣] الدردير، الشرح الكبير ٢/٢٨٤-٢٨٥، الصاوي، بلغة السالك ٢/٤٧٣.

[٤] محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣/٤٤.

الخاتمة

وبَعْدَ بحث الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيِّ تخلُصُ الدِّراسةُ إلى تقرير أهمِّ النَّتائج التي تُوصِّل إليها:

١- الرَّكيزةُ الأُولَى التي تَرتكِزُ عليها الأصول الاجتهاديَّة في المذهب المالكيّ هي ركيزةُ المصلحة؛ فغالبُ الأصول الاجتهادية ماعدا الاستصحاب هي أصولٌ تُحوِّمُ في منطقها على أصل المصلحة.

٢- المصلحةُ في المذهب المالكيِّ ليست مصلحةً مُنبتَّةً عن اعتبار الشَّرع أو غريبة عنها؛ بل المصلحةُ عند المالكية هي المصلحةُ التي تَأوِي في حُجيتها واعتبارِها إلى كليَّات الشَّرع وقواعده العامَّة.

٣- الاستمساك في الاجتهاد بالمصلحة في المذهب إنَّما يكون على وَفْق أصول تشريعيَّة، فأصلُ المصالح المرسلة وأصلُ الاستحسان وأصلُ سدّ الذَّرائع وأصلُ مُراعاةِ الخلاف هي الأصول التي تَقوم بتحقيق المصلحة. فليست المصلحة مفهوماً هُلاميّا لا خطَطَ له تضبطُه، ولا أصولَ له تجري عليه؛ وعليه فإنَّ الأخذ بالمصلحة لا يكون إلاَّ على أساس هذه الأصول المصلحيَّة؛ لأنَّها الكفيلةُ بعدم التَّفلُّت عن أحكام الشَّرع، وعدم الانحراف عن رسومه ومبانيه. أمَّا مَنْ أَخَذَ يجتهد بالمصلحة مِنْ دون سُلوكه لهذه المسالك فهو أَحْرَى أنْ يكون شارِعاً من أنْ يكون مُتشرِّعا.

٤- الاجتهادُ الاستثنائي يحتلّ في الاجتهاد المالكيّ حيِّزا كبيرا؛ فأصلُ الاستحسان وأصلُ سدِّ الذَّرائع وأصلُ مُراعاة الخلاف هي أصول مَبناها على مفهوم الاستثناء التَّشريعيِّ.

٥- الاجتهادُ الاستثنائي يُعدُّ من الغُرَر اللاَّئحة في المذهب المالكيِّ؛ إذْ إنَّ هذا المبدأ يُتَلافى به ما في التَّطبيق الآليّ غيرِ المتبصِّر للنّصوص والأحكام التَّجريديَّة على الواقع من غير لحظِ للمُلابَسات وما ينشأ حالَ التَّطبيق من ظُروفٍ لم يكُن منظوراً إليها في الحكم التَّجريديِّ الأَوَّليّ.

٦- الاجتهاد الاستثنائيُّ وما يقوم عليه من أصول اجتهاديَّة يَكتَسِبُ محلاّ راقيا في صلوحيَّة هذه الشَّريعة لكلِّ زَمان ومكان؛ ذلك أنَّ طبيعة الحياة تَقتضي التَّغيُّر والتَّحوُّل، ومن

لوازمِ هذا التَّحوُّل أن تتبدَّل كثيرٌ من مصالح الخلق؛ وعلى هذا الأساس فإنَّ الاجتهاد الاستثنائيَّ ممَّا يُخوِّل للمجتهد أنْ يُراعي ما استجدَّ من مصالح وما استحدث من مفاسد، ويَبْني على وَفقها الحكمَ الأقرب إلى منطق الشَّرع ومقاصِده؛ دونَ جُمود على بعض الأحكام التي كان مناطُ التَّشريع فيها مصالحَ ارتفع موجِبُها وتغيَّر مُقتضيها.

٧- السِّياسة الشرعية تستمدُّ أحكامَها الشَّرعيَّة من مَعِين رَوافِدِ الاجتهاد المصلحيّ ممثَّلا في أصل المصالح المرسلة وأصل الاستحسان وأصل سدّ الذرائع: فهذه الأصولُ تكفُل لأُولي الأَمْرِ السّبلَ الشَّرعيَّة ليحقّقوا للأمَّة مصالحها وما يعود عليها بالنَّفع العميم. كما أنّ هذه الأصول الاجتهاديَّة تَكفُل إيجادَ السُّبل لمواجهة الفساد الذي يعرض للأمة أو يتهددها داخليّا وخارجيّا.

٨- إنَّ الاجتهاد المصلحيَّ في المذهب المالكيّ لم يكُن قاصِراً على إمام المذهب وحَسْب؛ بل إنَّ النَّظر المصلحيَّ لائح في فقه المذهب كلّه؛ فهو ممتدّ من تلامذة مالك إلى العصور المتأخّرة. ومن اللاَّفت للانتباه -مِنْ خِلال ما عرضتُه في شواهد الاعتبار للأصول الاجتهاديَّة في مذهب المالكيَّة- أنَّ المالكيَّة المتأخِّرين على ما كانوا فيه من تقليد لم يكونوا جامدين على مأثور أقوال مالك وأصحابه، وإنَّما كانوا يميلون كثيرا فيما يجتهدون فيه إلى رعيِ المصالح والنَّظرِ إليها والاعتبار بها في تشكيل الحُكم؛ بخاصَّة في الأمور التي أثَّرت في تشكيل الحكم المأثور والمشهور.

٩- من الأمور التي توصَّلتُ إليها في هذا البحث أنَّ الأدلَّة التي يسوقها المخالفون للمالكيَّة في حجيَّة الأصول الاجتهاديَّة ثمَّ بناء الاعتراضات عليها كما وقع في المصالح المرسلة والاستحسان-: هي أدلَّة غيرُ دالَّة على مُراد المالكيَّة، بل إنَّ غالب تلك الأدلَّة ليست هي مُتمسَّكات المالكيَّة الحقيقيَّة؛ وعليه وَجَبَ أنْ يُحقّق فيما يُورَدُ من أدلَّة لإثبات قول أو نفيه.

١٠- وممَّا خَلصَتْ إليه الدِّراسةُ: أنَّ بعض المصطلحات الأصوليَّة تتَّجه من التَّعميم إلى التَّضييق في الصَّيرورة التَّاريخية؛ فتحديدُ الحقائق في البدء يكون فيه نوعٌ من الصُّعوبة التي تُؤدِّي إلى إعطاء مُقارَبات لهذا المفهوم، وهذه المقارَبات من طبيعتها أنْ تكون عامَّة، لكن من خلال التَّناوُل المستمرّ لهذه الحقائق ومن خلال الاستقراء المتواصِل والتَّراكُمات المعرفيَّة-: تنقَّحَتْ تلك الحقائقُ عمَّا شابها من إدخال بعض المعاني فيها، وليست منها. وهذا ما تمَّل بجلاء في مصطلح الاستحسان.

١١- من أهمِّ ما خلصَتْ إليه الدِّراسةُ الوُقوف على أهميَّة المصلحة الحاجيَّة في الاجتهاد التَّشريعيّ؛ لأنَّ المصالح الضَّروريَّة من الأمور التي لا تحتاج إلى استدلال أو تقرير؛ لأنَّ اعتبارها ممَّا يدخل في طباع النَّاس ضرورة.

التَّوصيات:

والتَّوصيات التي انقدحت في الذِّهن لدى تناول الموضوع تتمثَّلُ فيما يلي:

أوَّلا: ممَّا أقترحه أنْ تُدرس القواعدُ المصلحيَّةُ التي يقوم على أساسها منطقُ الاستثناء في التَّشريع الإسلاميّ. وقد ذكرتُ في كلٍّ من أصلِ الاستحسان وأصل مراعاة الخلاف ما قدرت على استنباطه من قواعدَ مصلحيَّةٍ كانت أساسا لعمليَّة الاستثناء والعُدول عن أصل الدَّليل: كقاعدة المعروف، وقاعدة الضَّرر، وقاعدة التَّبرئة من التَّكليف، قاعدة الاحتياط...

وتكون دراسة ذلك باستقراء الأحكام الشَّرعيَّة الواردة على خلاف القِياس؛ لأنَّ هذه الأحكامَ إنَّما خالفت أصلَها لَّما عارضتها بعضُ القواعد الشَّرعيَّة المصلحيَّة؛ فلو استُقرئت هذه الأحكامُ لكان من الممكن أنْ نَأتيَ على ضبط منطق العُدول عن الدَّليل الأصليّ.

وفي ضمن ذلك تُدْرَسُ مُقتَضَيات العُدول عن الحكم الأصليِّ في كلِّ المذاهب الفقهيَّة ليخرج في الأخير بنظريَّة عامَّة تقوم بمبدأ الاستثناء في التَّشريع والفقه الإسلاميِّ.

ثانيا: ممَّا أُلِمعُ إليه في هذا المقام: ضرورةُ دراسة كُتُب النَّوازل والفتاوى لدَى المالكيَّة دراسةً معمَّقة؛ وذلك لإبراز النَّواحي التَّالية:

- لحظُ الحاجات العامَّة التي طَرَأَت على الأمَّة والمجتمعات في مُختلف القرون والبيئات، وكيف كان تعامُل المالكيَّة مع ذلك.

- تلمُّح مَدَى الاتِّساع والتَّضييق في الاجتهاد المصلحيِّ في مُختَلَف العُصور وربطُ ذلك بالوضع العامِّ للأمَّة، ومَدَى أثر تخلُّف الاجتهاد المصلحيِّ في تخلُّف الأمَّة؛ مع إبراز عوامل فُتور الاجتهاد المصلحي أو انحرافه أو رُكوده أو تحقّقه.

ثالثا: من المقترحات التي أبسُطُها في هذه التَّوصيات: دراسةُ المصطلح الأصوليِّ دِراسَةً تاريخيَّة من خلال تطوّر مفهومِه، واختلافِ مضمونه في الصَّيرورَة التَّاريخيَّة لتدوين علم الأصول، ودراسة الاختلافات في مفاهيم المصطلحات بين مختلف المذاهب؛ كما تُعْنَى الدِّراسةُ

بلَحْظ الفَوارِقِ بين الاصطلاح عهدَ التَّدوين، وبين الاصطلاح قبل التَّدوين. ثمَّ يُبحَث في مَدَى أثرِ هذا التَّطوُّرِ في الاختلاف بين الأصوليين في مسائل علم أصول الفقه.

رابعا: دراسةُ مَدَى الارتباط بين المذهبين المالكيِّ والحنفيِّ في المنطق الاجتهاديِّ، وعوامِلُ هذا الارتباط والتَّأثُّر؛ وهذا ممَّا يكفُل التَّقريبَ بين المذاهب وتَقليلَ الخلاف؛ لأنَّ اتِّحاد المنطق الاجتهاديِّ بين المذاهب ممَّا يُحجِّمُ مساحةَ الخلاف. ولستُ أعني من تقليل مساحَة الخلافِ الخلافَ المأثورَ؛ فذلك خلافٌ لا يُمكِنُ رَفْعُه؛ وإنَّما أعني الخلافَ المتوقَّعَ حُدوثُه في النَّوازل الحادثة.

تمت

بحمد الله وحسن عونه

الفهارس:

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس المصادر والمراجع

فهارس الآيات

الآيـــة	الصفحة
﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا﴾[البقرة:١٠٤]	٢٣٧، ٢٩٣
﴿فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ١٨٢]	٢٤١
﴿لا تُضارَّ والدةٌ بولدها﴾[البقرة: ٢٣٣]	١٣٧
﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾[البقرة:٢٣٥]	٢٩٥
﴿فمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ منْ رَبِّه فانتَهَى فلَهُ ما سَلَفَ﴾[البقرة:٢٧٥]	٣٨٠
﴿إنَّ الدِّين عند الله الإسلامُ﴾[آل عمران:١٩]	٢٥٣
﴿ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون﴾[آل عمران:٧٥]	٢٢٠
﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾[النساء: ٧]	٢٠٦
﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ إلى ﴿ذلك خير وأحسن تأويلا﴾[النساء:٥٩]	٢٢١
﴿يا أهل الكتاب لا تغلو في دينكم غير الحق﴾ [المائدة ٧٧]	٢٢٧
﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾[الأنعام:١٠٨]	٢٣٧، ٢٦٩، ٢٩٤
﴿واسْألْهُم عن القَرْيَة التي كانت حاضِرَةَ البحر﴾[الأعراف:١٦٣]	٢٩٤
﴿وإمَّا تخافَنَّ من قوم خِيانَةً فانبِذْ إليهم على سواء إنَّ الله لا يُحِبُّ الخائنينَ﴾[الأنفال:٥٨]	٢٩١
﴿ما كانَ للنَّبيِّ والذينَ آمَنُوا أنْ يَستَغفِرُوا للمُشرِكينَ﴾[التوبة:١١٣]	٣٨١
﴿وما كانَ اللهُ ليُضِلَّ قَوْماً بعدَ إذْ هَدَاهُم حتَّى يُبَيِّنَ لَهُم ما	٣٨١

يتَّقُون﴾[التَّوبة:١١٥]	
﴿**أَلم تر أَنا أَرسلنا الشياطين على الكافرين تَؤُزُّهم أَزًّا**﴾[مريم: ٨٣]	٦١
﴿**ما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾ [الحج ٧٨]	٢٢٧
﴿**يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون** ﴾[الحج:٧٧]	٣٨٥
﴿**قُل للمُؤمنين يغُضّوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون**﴾[النور:٣٠]	٢٣٧، ٢٩٥
﴿**يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله**﴾ الآية [ص: ٢٦]	١٧١
﴿**الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه**﴾[الزمر:١٨]	٢١١
﴿**وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله**﴾[الشورى:١٠]	٢٢١
﴿**ولا تُبطِلُوا أعمالكم**﴾[محمد:٣٣]	٣٤٤

فهارس الأحاديث والآثار

الحديث والأثر	الصفحة
أخافَ أن يتحدَّث النَّاسُ أنَّ محمَّدا يقتُل أصحابَه	٢٩٩، ٣٥٣
إذا تبايعتُم بالعِينة وأخذتم أذنابَ البقر	٢٩٨
أرخص النبي ﷺ في بيع العرايا	١٨٦، ٢٠٦
إنَّ أولئك إذا كان فيهم الرَّجُل الصَّالح فمات	٢٩٧
إنَّ خيار النَّاس أحسنُهم قضاء	٢٨٥
إنَّكم إذا فعلتُم ذلك قطعتُم أرحامكم	٣٠٤
إنَّ الله لم يكتبها علينا إلاَّ أنْ نشاء	٢٨٨
أيُّما امرأة نكحت بغير إذْن مَواليها فنكاحُها باطل ــ ثلاث مرات ــ فإنْ دَخَلَ بها فالمهرُ لها بما أصاب منها	٣٥٠
بئسَ ما شريت وبئسَ ما اشتريت!	٢٩٨
بلى! ولكنِّي إمامُ النَّاس فينظر إليّ الأعراب	٢٩٠، ٣٠١
الحجّ عرفة	٢٦
الحلال بيِّن والحرام بيِّن	٢٩٧
دعْ ما يريبُك إلى ما لا يريبُك	٢٩٧
شهدتُ أبا بكر وعمرَ وكانا لا يضحِّيان	٢٩٠
القاتل لا يرث	٣٠٠
قام ﷺ ليالى من رمضانَ فى المسجد فاجتمع إليه ناسٌ	٢٩٠
كان النّاس يسألون رسولَ الله ﷺ عن الخير، وكنتُ أسألُه عن الشرِّ مخافةَ أنْ يُدرِكني	٥٤
لا تجوز شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنين	٣٠٠

لا تُزوِّج المرأةُ المرأةَ، ولا تُزوج المرأةُ نفسَها فإنَّ الزَّانية هي التي تُزوِّجُ نفسَها	٣٤٩
لا ضرر ولا ضرار	١١٦
لا يتقدَّمن أحدكم رمضان بيوم أو يومين	٢٩٠
لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه	١٣٤، ١٣٨
لا يُصلحُ النَّاسَ إلا ذلك	١٢٤
لا يُفرَّق بين مجتمع، ولا يجمع بين مفرق	٢٩٩
لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ	٢٩٧
اللَّهمَّ لا تجعل قبري وثنا يُعبد	٢٩٧
لولا قومك حديث عهدهم بكفر	٢٩٩
ما رآه المسلمون حَسَنا فهو عند الله حَسَنٌ	٢١١
من أحيا أرضا ميتة فهي له	٢٢٨
من أكبر الكبائر شتم الرَّجل والديه	٢٧٠
نَهَى ﷺ عن الانتباذ في الدُّباء والمزفت	٢٩٨، ٣٠٣
نَهَى ﷺ عن بناء المساجد على القبور	٣٠٤
نهي النبي ﷺ عن بيع حاضر لباد	١٠٩
نهى ﷺ بيع الفضّة بالفضّة والذّهب بالذّهب، مثلا بمثل، سواء بسواء، وأنَّ من زاد ازداد فقد أربى	١٩١
نهى ﷺ عن البيع والسَّلف	٣٠٤
نهي النبي ﷺ عن تلقّي الرّكبان	١٠٩
نهى ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمَّتها أو خالتها	٣٠٤
نهى ﷺ عن الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأن تُسافِرَ مع غير ذي مَحرم	٣٠٣
نَهَى النَّبيُّ ﷺ عن الخليطين من الأشربة	٢٩٨، ٣٠٣
نهى ﷺ عن هديَّة المديان	٣٠٤
نهى ﷺ عن الصلاة إلى القبور	٣٠٤

هو والله خير	٥٤، ١٢٢
وَرَّثَ عثمان ﷺ زوجةَ عبدِ الرَّحمن بنِ عوف ﷺ حين طلَّقها في مرض الموت	٢٧٩، ٢٨٠.
الولد للفراش ، وللعاهر الحجر	٣٥٠
والله يا بنيةُ ما من النَّاس أحدٌ أحبّ	٢٨١

فهارس المصادر والمراجع

- الأصمعي، عبد الملك بن قريب (ت٢٠٦هـ)، **فحولة الشعراء**، تحقيق محمد عودة أبو جري، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٤١٤هـ.

- الآمدي، علي بن محمد (ت٦٣١هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، (اعتنى به: سيد الجميلي)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ.

- أحمد، ابن حنبل (ت٢٤١هـ)، **المسند**، تحقيق شعيب الأناؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.

- الألباني، محمد ناصر الدين(ت١٤٢٠هـ)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.

- ـــــــــ، **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، دار المعارف، الرياض.

- ـــــــــ، **صحيح سنن ابن ماجه**، مكتب التربية العربي، الرياض، ١٩٨٦م.

- الأنصاري، زكريا، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، (دت).

- الإيجي، عضد الدين (ت٧٥٦هـ)، **شرح مختصر المنتهى الأصولي**، (تحقيق محمد حسن إسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ.

- الباجي، سليمان بن خلف (ت٤٧٤هـ)، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ.

- ـــــــــ، **الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل**، (تحقيق محمد علي فركوس)، المكتبة المكية، مكة، ط١، ١٤١٦هـ.

- ـــــــــ، **كتاب الحدود في الأصول**، تحقيق نزيه حماد، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، يبروت، ١٩٧٣م.

- ــــــــــــ، **المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس**، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣١هـ.

- ــــــــــــ، **المنهاج في ترتيب الحجاج**، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط٢، ١٩٨٧م.

- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت٢٥٦هـ)، **الصحيح**، (اعتنى به مصطفى البغا)، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٠٧هـ.

- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد (ت٨٤١هـ)، **جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام**، (تحقيق محمد الحبيب الهيلة)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ٢٠٠٢م.

- البصري، أبو الحسين محمد بن علي (ت٤٣٦هـ)، **المعتمد في أصول الفقه**، دار الكتب العلمية، (دت).

- البناني، محمد بن الحسن (ت١١٩٤هـ)، **الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

- بوركاب، محمد أحمد، **المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١٤٢٣،١هـ.

- البوطي، محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠٦هـ.

- البيهقي، أحمد بن الحسين (٤٥٨هـ)، **السنن الكبرى**، مكتبة دار الباز، مكة، ١٤١٤هـ.

- التاودي، محمد بن الطالب بن سودة (ت١٢٠٩هـ)، **شرح لامية الزقاق**، مطبعة الأمنية، الرباط، ١٩٥٥م.

- الترمذي، محمد بن عيسى (ت٢٧٩هـ)، **الجامع**، أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- التسولي، علي بن عبد السلام (ت)، **البهجة في شرح التحفة**، وبذيله: **حلى المعاصم لفكر ابن عاصم** للتاودي أبي عبد الله محمد، دار الفكر، بيروت١٤١٢هـ.

- التلمساني، الشريف محمد بن أحمد (ت٧٧١هـ)، **مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**، (تحقيق محمد علي فركوس)، دار تحصيل العلوم، الجزائر، ط١، ١٤٢٠هـ.

- التنبكتي، أحمد بابا (ت١٠٣٦هـ)، **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، (تحقيق علي عمر)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٣هـ.

- ــــــــــ، **كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج**، (تحقيق عبد الله الكندري)، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم (ت٧٢٨هـ)، **بيان الدليل في بطلان التحليل**، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

- ــــــــــ، **الفتاوى الكبرى**، (تحقيق حسنين محمد مخلوف)، دار المعرفة ، بيروت، ١٣٨٦هـ.

- ــــــــــ، **قاعدة في الاستحسان**، (تحقيق محمد عزير شمس)، دار عالم الفوائد، ط١، ١٤١٩هـ.

- ــــــــــ، **مجموع الفتاوي**، (جمع عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد)، مكتبة المعارف، الرباط، (دت).

- آل تيمية، أبو البركات مجد الدين (ت٦٥٢هـ) وعبد الحليم (ت٦٨٢هـ) وأحمد (ت٧٢٨هـ)، **المسودة في أصول الفقه**، (تحقيق أحمد الذروي)، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

- الثعالبي، أبو منصور (ت٤٣٠هـ)، **يتيمة الدهر في محاسن أهل العصر**، (اعتنى به: مفيد قميحة)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

- الجرجاني، عبد العزيز (ت٣٦٦هـ)، **الوساطة بين المتنبي وخصومه**، (تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي البجاوي)، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، (دت).

- ابن جزي، محمد بن أحمد (ت٧٤١هـ)، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، (تحقيق محمد المختار الشنقيطي)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ.

- الجويني، عبد الملك بن عبد الله (ت٤٧٨هـ)، **البرهان في أصول الفقه**، (تحقيق عبد العظيم الديب)، دار الوفاء، مصر، ط١٤١٨،٢هـ.

- ــــــــــــ، **غياث الأمم في التياث الظلم**، (تحقيق عبد العظيم الديب)، الدوحة، ١٩٨١هـ.

- ــــــــــــ، **التلخيص في أصول الفقه**، (تحقيق عبد الله النيبالي وشبير العمري)، مكتبة دار الباز، مكة، ط١، ١٤١٧هـ.

- الجيدي، عمر بن عبد الكريم، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مطبعة فضالة، المغرب، ١٩٨٢م.

- ابن حبان، محمد البستي (٣٥٤هـ) **الصحيح**، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤هـ.

- ابن حجر، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، (اعتنى به عادل عبد الموجود وعلي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.

- حسين، محمد الخضر (ت١٩٥٨م)، **دراسات في الشريعة الإسلامية**، جمعه علي الرضا التونسي، ١٩٧٥م، (دن).

- ــــــــــــ، **رسائل الإصلاح**، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٩٣٩م.

- ــــــــــــ، **الشريعة صالحة لكل زمان ومكان**، اعتنى به علي الرضا التونسي،١٩٧١م، (دن).

- ــــــــــــ، **نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم**، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٤٤هـ.

- حسين، محمد علي، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، عالم الكتب، بيروت، (دت).

- الحطاب، محمد بن محمد (٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، (دت).

- حلولو، أحمد عبد الرحمن (ت٨٩٥هـ)، **التوضيح في شرح التنقيح**، المطبعة التونسية، تونس، ١٣٢٨هـ.

- الخرشي، محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، (دت).

- ابن خلدون، عبد الرحمن (ت٨٠٨هـ)، **المقدمة**، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م.

- الدارقطني، **السنن**، (تحقيق عبد الله هاشم يماني)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٣هـ.

- أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت٢٧٥هـ)، **السنن**، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).

- الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر (ت٤٣٠هـ)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.

- الدردير، أحمد بن محمد العدوي (ت١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير**، مع حاشية الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (دت).

- ـــــــ، **الشرح الصغير**، مع بلغة السالك للصاوي، (تحقيق مصطفى كمال وصفي)، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.

- الدريني، محمد فتحي، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٨هـ.

- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت١٢٣٠هـ)، **الحاشية على الشرح الكبير للدردير**، دار إحياء الكتب العربية، (دت).

- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (ت٦٠٦هـ)، **المحصول في علم الأصول**، (تحقيق جابر فياض العلواني)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٨هـ.

- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد (ت٧٩٥هـ)، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**، (تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤٢٣هـ.

- الرحيباني، مصطفى بن سعد، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، بيروت، (دت).

- ابن رشد، محمد بن أحمد (ت٥٢٠هـ)، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ.

- ــــــــــ، مسائل أبي الوليد بن رشد الجد، (تحقيق محمد الحبيب التجكاني)، در الجيل، بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ.

- ــــــــــ، **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات**، (اعتنى به: زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ.

- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، (تحقيق عبد المجيد طعمة)، دار المعرفة، ببيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ.

- ــــــــــ، **الضروري في أصول الفقه**، (تحقيق جمال الدين العلوي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

- ابن رشيق، الحسين بن عتيق (ت٦٣٢هـ)، **لباب المحصول في علم الأصول**، (تحقيق محمد غزالي عمر جابي)، دار البحوث للدراسات الإسلامية، الإمارات، ط١، ١٤٢٢هـ.

- الرَّصاع، محمد بن قاسم (ت٨٩٤هـ)، **شرح حدود بن عرفة**، (تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.

- الرهوني، يحي بن موسى (ت٧٧٣هـ)، **تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول**، (تحقيق الهادي شبيلي)، دار البحوث للدراسات الإسلامية، الإمارات، ط١، ١٤٢٢هـ.

- الريسوني، أحمد، **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**، دار الكلمة، مصر، ط١، ١٤١٨هـ.

- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت١٢٠٥هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، (تحقيق عبد الكريم العزباوي وآخرين)، مطبعة حكومة الكويت، ١٣٨٦هـ.

- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف (ت١٠٩٩هـ)، **شرح مختصر خليل**، (اعتنى به عبد السلام أمين)، دار الكتب العمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

- الزّركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت٧٩٤هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، القاهرة.

- ـــــــــ، **تشنيف المسامع بجمع الجوامع**، (تحقيق عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز)، مكتبة قرطبة، القاهرة، ط٢، ١٤١٩هـ.

- ـــــــــ، **المنثور في القواعد الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.

- زرّوق، أحمد الفاسي، **شرح الرسالة**، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

- أبو زهرة، محمد، **مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧م.

- أبو زيد، بكر بن عبد الله (ط١٤١٧هـ)، **المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل وتخريجات الأصحاب**، دار العاصمة، الرياض، ط١ ، ١٤١٧ هـ.

- ابن أبي زيد، عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني (ت٣٨٦هـ)، **الجامع في السنن والآداب والحكم**، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٠م.

- ـــــــــ، **الذّبُّ عن مذاهب مالك**، مخطوط بمكتبة تشستربيتي، رقم ٤٤٧٥.

- ـــــــــ، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، (تحقيق عبد الفتاح الحلو وآخرين)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.

- الزيلعي، عبد الله بن يوسف (ت٧٦٢هـ)، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، تحقيق محمد البنوري، دار الحديث، القاهرة، ١٣٥٧هـ.

- السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت٧٧١هـ)، **الإبهاج شرح المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).

- ـــــــــ، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.

- ـــــــــ، **طبقات الشّافعيّة الكبرى**، (تحقيق محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو)، هجر، القاهرة، ط٢، ١٤١٣ هـ.

- السجلماسي، محمد بن أبي القاسم (ت١٠٥٧هـ)، **شرح اليواقيت الثمينة**، (تحقيق عبد الباقي بدوي)، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ.

- سحنون، ابن سعيد التنوخي (ت٢٤٠هـ)، **المدونة الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت.

- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد (ت٥٣٩هـ)، **ميزان الأصول في نتائج العقول**، (تحقيق محمد زكي عبد البر)، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط١، ١٤٠٤هـ.

-ابن السّمعاني، منصور بن محمد (ت٤٨٩هـ)، **قواطع الأدلة في الأصول**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

- السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، دار ابن الجوزي، السعودية، ط١، ١٤٢٤هـ.

- ـــــــــ، **مراعاة الخلاف**، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ.

- الشّاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت٧٩٠هـ)، **الاعتصام**، (تحقيق مشهور ابن حسن)، مكتبة التوحيد، المنامة، ط١، ١٤٢١هـ.

- ـــــــــ، **فتاوي الإمام الشاطبي**، (جمع محمد أبو الأجفان)، مكتبة العبيكان، الرياض، ط٤، ٢٠٠١م.

- ـــــــــ،**الموافقات**، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

- الشافعي، محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ)، **الرسالة**، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٨هـ.

- شقرون، محمد، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٣هـ.

- ــــــــ، **مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر**، (اعتنى به سامي العربي)، دار اليقين، مصر، ١٤١٩هـ.

- ــــــــ، **نثر الورود على مراقي السعود**، (تحقيق وتتمة محمد ولد سيدي ولد حبيب)، دار المنارة، جدة، ط١، ١٤١٥ هـ.

- ابن أبي شيبة، أبو بكر (ت٢٣٥هـ)، **المصنف**، تحقيق كمال الحوت، دار الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

- ابن الشيخ، محمد الأمين ولد محمد سالم، **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٣هـ.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت٤٧٦هـ)، **شرح اللمع**، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٠٨ هـ.

- الصاوي، أبو العباس أحمد (ت)، **بلغة السالك في إلى أقرب المسالك**، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.

- الصنهاجي، أبو الشتاء بن الحسن الغزي، **مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق**، (صححه أحمد بن أي الشتاء)، مطبعة الأمنية، الرباط، ط٢، ١٩٥٥م.

- الطبراني، سليمان بن أحمد (٣٧٠هـ)، **المعجم الكبير**، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ١٤٠٤هـ.

- الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي (ت٧١٦هـ)، **كتاب التعيين شرح الأربعين**، (تحقيق أحمد حاج محمد بن عثمان)، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط١، ١٤١٩هـ.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).

- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت١٣٩٣هـ)، **أليس الصبح بقريب**، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (دت).

- ـــــــ، **التحرير والتنوير**، الدر التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤م.

- ـــــــ، **حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح**، مطبعة النهضة، تونس، ط١، ١٣٤١هـ.

- ـــــــ، **النظر الفسيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح**، الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، ١٣٩٩هـ.

- ـــــــ، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط٢، ١٤٢١هـ.

- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت٤٦٣هـ)، **الاستذكار**، (اعتنى به: محمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ.

- ـــــــ، **التمهيد لما في المُوطَّأ من المعاني والأسانيد**، مكتبة المؤيد، ط١، ١٣٨٧هـ إلى ١٤١٠هـ.

- ـــــــ، **جامع بيان العلم وفضله**، (تحقيق أبي الأشبال الزهيري)، دار ابن الجوزي، الدمام، ط، ١٤١٩هـ.

- عبد الرزاق، ابن همام الصنعاني (ت٢١١هـ)، **المصنف**، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.

- ابن عبد السلام، أبو عبد الله محمد الهواري (ت ٧٤٩هـ)، **تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب** (من أول البيوع إلى نهاية خيار التروي)، تحقيق: سالم مفتاح علي مبارك، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الإجازة العالية (الماجستير)، جامعة الفاتح، كلية الآداب، قسم اللغة العربية، الجماهيرية الليبية، العام الجامعي ٢٠٠٣-٢٠٠٤ف.

- عبد الوهاب، القاضي ابن نصر البغدادي (ت٤٢٢هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، (تحقيق الحبيب بن طاهر)، دار ابن حزم، ط١،١٤٢٠هـ.

- ـــــــ، **المعونة على مذهب أهل المدينة**، محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ.

- العتبي، محمد القرطبي (ت٢٥٥هـ): **العتبية**، مع شرحها: البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١٤٠٨،٢هـ.

- العجلوني، إسماعيل بن محمد (ت١١٦٢هـ)، **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر على ألسن الناس**، دار التراث الإسلامي، القاهرة.

- العدوي، علي الصعيدي، **الحاشية على كفاية الطالب الرباني**، دار الفكر، بيروت.

-ـــــــــ، **الحاشية على شرح الخرشي على مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت.

- العراقي، أبو زرعة أحمد بن زين الدين (ت٨٢٦هـ): **الغيث الهامع شرح جمع الجوامع**، (اعتنى به حسن قطب)، الفاروق الحديثية، القاهرة، ط١، ١٤٢٠هـ.

- ابن العربي، محمد بن عبد الله المَعافري (ت٥٤٣هـ)، **أحكام القرآن**، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).

- ـــــــــ، **عارضة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

- ـــــــــ، **قانون التأويل**، (تحقيق محمد السليماني)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٠م.

- ـــــــــ، **القبس في شرح موطأ مالك بن أنس**، (تحقيق محمد ولد كريم)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٢م. واعتمدت كذلك على النسخة التي حققها: أيمن نصر وعلاء إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.

- ـــــــــ، **المحصول في أصول الفقه**، (تحقيق حسين البدري)، دار البيارق، عمّان، ط١، ١٤٢٠ هـ.

- العطار، حسن بن محمد، **حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع**، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ابن عطيّة، أبو محمد عبد الحق بن غالب (ت٥٤٦هـ): **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، (عبد الله الأنصاري وآخرين)، قطر، ط١، ١٣٩٨هـ.

- العلمي، علي بن عيسى، **النوازل**، وزارة الأوقاف المغربية، ١٤٠٩هـ.

- العلوي، عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي (ت١٢٣٠هـ)، **نشر البنود على مراقي السعود**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ.

- علي، محمد إبراهيم أحمد(ط١٤٢١هـ)، **اصطلاح المذهب**، دار البحوث، الإمارات، ط١، ١٤٢١هـ.

- عليش، محمد بن أحمد (ت١٢٩٩هـ)، **منح الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت.

- ــــــــــ، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، دار المعرفة، بيروت.

- أبو عمران، عبيد بن محمد الفاسي الصنهاجي، **النظائر في الفقه المالكي**، اعتنى به جلال الجهاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.

- عياض، أبو الفضل بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ)، **إكمال المعلم بفوائد مسلم**، (تحقيق يحي إسماعيل)، دار الوفاء، مصر، ط١، ١٤١٩هـ.

- ــــــــــ، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، (تحقيق أحمد بكير محمود)، دار مكتبة الحياة، بيروت، (دت).

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت٥٠٥هـ)، **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل**، (تحقيق حمد الكبيسي)، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ.

- ــــــــــ، **المستصفي من علم الأصول**، (تحقيق محمد سليمان الأشقر)، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط١، ١٤١٧هـ.

- الفاسي، علال، **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها**، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.

- الفاسي، أبو حفص عمر (ت١١٨٨هـ)، **تحفة الحذاق في ششرح لامية الزقاق**، فاس، (دن)، ١٨٨٨م، طبعة حجرية.

- الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء (ت٩٧٢هـ)، **شرح الكوكب المنير**، (تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد)، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م.

- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت٧٩٩هـ)، **تبصرة الحكام عن أصول الأقضية ومناهج الحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.

- ـــــــــ، **الديباج المذهب في أعيان المذهب**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ.

- ـــــــــ، **كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب** ، (تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط، ١٩٩٠م.

- الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، مصطفى البابي الحلبي، ١٩١٣م.

- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم (ت٢٧٠هـ)، **المعارف**، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١،١٤٠٧هـ.

- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت٦٨٤هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، (تحقيق عبد الفتاح أبو غدة)، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٣٨٧هـ.

- ـــــــــ، **الذخيرة**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

- ـــــــــ، **شرح تنقيح الفصول**، (تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٩٣هـ.

- ـــــــــ، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، عالم الكتب، بيروت.

- ـــــــــ، **نفائس الأصول في شرح المحصول**، مكتبة نـزار الباز، مكة، ط٢، ١٤١٨هـ.

- القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم (ت٦٥٦هـ): **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، دار ابن كثير، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ.

- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت٦٧١هـ): **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٧م.

- ابن القصار، علي بن عمر (ت٣٩٧هـ)، **المقدمة في الأصول**، (تحقيق محمد السليماني)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٦م.

- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت٧٥١هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين،** دار الكتب العلمية، بيروت.

- ـــــــ، **بدائع الفوائد،** دار الكتاب العربي، بيروت، (دت).

- الكلوذاني، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد (ت٥١٠هـ)، **التمهيد في أصول الفقه،** (تحقيق مفيد أبو عمشة)، المكتبة المكية، مكة، ط٢، ١٤٢١هـ.

- اللقاني، إبراهيم بن إبراهيم (ت١٠٤١هـ)، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى،** (تحقيق عبد الله الهلالي)، وزارة الأوقاف المغربية، ٢٠٠٢م.

- ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت٢٧٥هـ)، **السنن،** (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت، (دت).

- المالقي، الشعبي، **الأحكام،** دار الغرب الإسلامي، بيروت.

- مالك، ابن أنس (ت١٧٩هـ)، **المُوطَّأ برواية يحي بن يحي الليثي،** (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.

- محمد النور، زين العابدين العبد، **رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية،** دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٥هـ.

- المرداوي، علي بن سليمان (ت٨٨٥هـ)، **التحبير شرح التحرير،** تحقيق عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ.

- المشاط، حسن بن محمد (ت١٣٩٩هـ)، **الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة،** تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيوت، ط٢، ١٤١١هـ.

- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت٧٥٨هـ)، **القواعد،** (تحقيق أحمد بن حميد)، مركز إحياء التراث الإسلامي،مكة، (دت). واعتمدت النسخة المحققة من قبل: محمد الدَّردابي؛ وهي رسالة دكتوراه في المغرب؛ وهي نسخة كاملة للكتاب، بخلاف النسخة السابقة فإنها تنتهي إلى أبواب العبادات.

- المنجور، أحمد بن علي (ت٩٩٥هـ)، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب،** تحقيق محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي(دت).

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي (ت٧١١هـ)، **لسان العرب**، دار الصادر، بيروت، ط١٤١٢،٢هـ.

- المواق، محمد بن يوسف (ت٨٩٧هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٤١٦،١هـ.

- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي (ت١٠٧٢هـ)، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام**،

- ـــــــــ، **الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج**، تحقيق محمد فرج الزائدي، منشورات إقا، مالطا، ٢٠٠١م.

- ابن ناجي، قاسم بن عيسى (ت٨٣٧هـ)، **شرح الرسالة**، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

- النسائي، أحمد بن شعيب (ت٣٠٣هـ)، **السنن "المجتبى"**، دار الكتاب العربي، بيروت، (دت).

- ابن النديم، محمد بن إسحاق (ت٣٨٥هـ)، **الفهرست**، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٤١٧هـ.

- النفراوي، أحمد بن غنيم، **الفواكه الدَّواني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الفكر، بيروت.

-الهيتمي، أحمد بن محمد، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- الوزاني، المهدي، **تحفة الأكياس في شرح عمليات فاس**، (اعتنى به: هاشم العلوي)، وزارة الأقواف المغربية، ١٤٢٢هـ.

- ـــــــــ، **حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق**، (دن)، فاس، ١٩١٥م (طبعة حجرية).

- ــــــــــــ، **حاشية على شرح التَّاودي على تحفة ابن عاصم**، (دن) (دت)، فاس (طبعة حجرية).

- ــــــــــــ، **المعيار الجديد**، تحقيق محمد عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميَّة، المغرب، ١٤١٩هـ. واعتمدت الطبعة الحجرية: (دن)، فاس، ١٩١٠م.

- الونشريسي، أحمد بن يحي (ت٩١٤هـ)، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، (تحقيق أحمد الخطابي)، الرباط، ١٤٠٠ه.

- ــــــــــــ، **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق**، (تحقيق حمزة أبو فارس)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ.

- ــــــــــــ، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ.

- الهواري، عبد السلام بن محمد، **حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق**، (دن)، فاس، ١٩١٦م، طبعة حجرية.

- اليافعي، عبد الله بن أسعد (ت٧٦٨هـ)، **مرآة الجنان وعبرة اليقظان**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ.

THE ASSIDUITY'S JURISPRUDENCE ISSUES OF THE MALIKIS DOCTRINE (APPLIED THEOTRICAL STUDY)

BY

HATEM BEY

SUPERVISOR

DR. MAHMOUD SALEH JABER

ABSTRACT

His dissertation is about the comprehensive, toverall theoretical jurisprudential sources on which Imam Malek built his doctrine.

The researcher built his thesis on one introductory chapter and other five regular chapters. The introductory chapter was devoted to illustrate the concept of jurisprudential pillars according to Imam Malek, counting them, their types and subtypes, then the researcher mentioned the characteristics of Malek doctrine.

Then the researcher dedicated each chapter for every jurisprudential pillar, during that he unveiled the concept of each pillar, and its core, what the scholars meant when they mentioned.

The researcher also exposed to the extension of each pillar in Malek doctrine by studying the variety

and number of incidents the scholars built on, the conditions must be considered to deal with those pillars, and the fields those pillars can be taken as major sources by scholars.

Also, the researcher mentioned bunch of accusations addressed to the scholars of Imam Malek and the right answers for that.

In each chapter, the researcher ended with some practical examples which never been studied before in text books of pillars.

Then he ended with some conclusions and recommendations.

.